

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

RECHERCHES
SUR LA
NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE
EN
DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 7 juin 1933, à 2 heures

PAR

Jean BELIN

Lauréat de la Faculté de Paris

Président : M. MESTRE, professeur

Suffragants : { MM. JOSEPH BARTHELÉMY, professeur
GIDEL, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1933

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

RECHERCHES
SUR LA
NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE
EN
DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 7 juin 1933, à 2 heures

PAR

Jean BELIN

Lauréat de la Faculté de Droit

Président : M. MESTRE, professeur

Suffragants : { MM. JOSEPH BARTHELÉMY, professeur
GIDEL, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1933

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



RECHERCHES SUR LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

INTRODUCTION

L'idée d'utilité publique domine tout le droit administratif français.

Expressément ou implicitement formulée, elle inspire la législation comme les institutions, la jurisprudence du Conseil d'Etat comme la doctrine... et jusqu'aux simples circulaires (1).

Vue sous cet angle, son étude serait aussi étendue que celle du droit administratif lui-même, avec lequel elle se confond. Telle ne pouvait pas être notre dessein en la choisissant pour objet de cet ouvrage.

Nous avons voulu rechercher quel est le rôle de cette notion dans le droit administratif récent. Nous nous sommes proposé de l'étudier à travers certaines théories du droit administratif où son action nous a semblé particulièrement décisive sur la formation — disons mieux sur la systématisation du droit — ; nous nous sommes attaché dans cette méthode de travail à suivre les variantes de sa mission organisatrice, à saisir la diversité comme aussi la convergence de ses aptitudes ; bref à examiner une technique qui n'est pas sans révéler certaines tendances dominantes du droit administratif.

(1) V. à titre d'exemple : Circulaire du 31 juillet 1922 sur l'application de l'article 6 de la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique. *J. O.*, 10 avril 1922, p. 8367.

Dans cet esprit, nous étudierons le rôle de la notion d'utilité publique dans le droit des personnes, à travers la théorie de la personnalité morale — dans le droit des choses, à travers les théories de la domanialité publique et du travail public — dans le droit des contrats — enfin dans le droit des actions, en assistant à la critique du motif d'intérêt public par le Conseil d'Etat.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE

Les auteurs récents, la jurisprudence du Conseil d'Etat, parlent de plus en plus fréquemment « d'utilité publique », « d'intérêt général », « d'utilité générale » ou « d'intérêt social », et néanmoins personne ne parvient à donner à cette idée qui imprègne notre droit public une autre valeur que celle d'un « schème » à contours vagues, quand elle n'est pas employée comme une formule commode dans les exposés juridiques.

Par l'étendue même des matières où elle se révèle, l'utilité publique répugne à s'enchâsser dans les cadres d'une systématisation rationnelle, de même que dans les divisions d'une œuvre proprement didactique.

C'est de plus une idée relativement jeune. Sans doute la notion de « bonum commune », de « commun profit » était celle de la philosophie thomiste (1), et celle de la monarchie française, la première appliquant cette idée au droit de propriété (2), la deuxième y voyant, diraient les publicistes modernes, la condition de la légalité des actes du souverain.

Le mouvement philosophique du XVIII^e siècle et la Révolution donnèrent à cette notion plus d'intensité encore ;

(1) *Sum. th.* II^a, II^o q. 47 a. 10 « qui quaerit bonum commune querit proprium, qui bonum proprium non potest esse sine communi ».

(2) V. P. PÉRÈS GARCIA, *Des principes de la fonction sociale dans la propriété, d'après saint Thomas d'Aquin*. Thèse Fribourg, 1924.

elle entre dans l'esprit public, elle inspire les discussions parlementaires, les textes législatifs, les théories constitutionnelles. Mais le droit administratif est encore à peu près inexistant ; il faut que par chapitres il se construise pour qu'apparaisse la part de la notion d'utilité publique en tant que notion proprement juridique.

C'est en tenant compte des considérations qui viennent d'être indiquées que nous tenterons de dégager les caractères généraux de la notion d'utilité publique, sans prétendre apporter dans ce chapitre autre chose que des directions capables de guider le lecteur dans la compréhension générale de l'étude que nous poursuivons.

SECTION I.

Les aspects divers de la notion.

Le premier caractère de l'idée d'utilité publique est à coup sûr sa *diversité*.

Elle a tout d'abord un sens *civiliste*. Nous voulons dire par là que tous les droits privés présentent un aspect *social*. Pour prendre un exemple, le droit à l'usage de l'eau sur les petites rivières est compatible avec des dérivations, mais à charge de rendre l'eau à son cours ordinaire à la sortie des fonds à irriguer, afin de ne pas nuire à l'exercice du même droit de la part des riverains inférieurs (1).

BERLIER au Corps législatif justifiait par « l'intérêt général » la servitude de passage en cas d'enclave (2). Et l'article 649 du Code civil dispose : « les servitudes établies par la loi ont pour objet *l'utilité publique ou communale* ou l'utilité des particuliers ». De même l'exercice du droit de

(1) Article 644 du Code civil.

(2) V. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. VIII, p. 375.

propriété, droit absolu, est limité par la théorie jurisprudentielle de l'abus du droit.

D'une manière générale, ainsi que l'exprimait PORTALIS : « la vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun » (1)

La notion d'utilité publique présente en second lieu un caractère *économique*. Et c'est le rôle de l'historien des doctrines d'exposer les divers systèmes qui au cours des âges ont eu pour but l'utilité économique des peuples, et dont nous ne pouvons indiquer ici que des exemples.

Avec COLBERT, l'utilité publique s'absorbe dans l'idée de production à outrance, dans un but métalliste. Il faut réduire, pense-t-il, toutes les professions à celles qui s'occupent d'agriculture, de marchandises ou de guerre, afin de produire et de détruire. Les classes improductives : gens de robe et religieux, « vivent sur le commun » (2).

Avec les Physiocrates, tout ce qui concourt à développer l'agriculture concourt par là même à l'intérêt général. Ils en concluent que le droit de propriété est en cela un droit profitable à l'intérêt général (3).

À l'époque moderne l'aspect économique de la notion d'intérêt général se marque dans les faits de façon beaucoup plus saisissante.

Tout récemment, la crise économique de 1930-1931 a fait sentir combien l'effondrement des grandes entreprises à caractère privé, créait dans l'enchevêtrement économique du monde actuel, de « péril collectif » (4). Les faits imposent aux gouvernants la notion économique d'intérêt public. Pour accomplir sa mission, qui est de veiller à l'in-

(1) V. *Exposé des motifs de la loi sur la propriété*, 26 nivôse an XII, *Rép. Dalloz*, v^o *Propriété*, p. 184.

(2) V. *Cours de doctorat* de M. DESCHAMPS sur l'histoire des doctrines économiques, 1930-1931.

(3) V. *Cours* de M. DESCHAMPS, *loc. cit.*

(4) V. GERMAIN-MARTIN, article dans le journal *Le Capital* (supplément), 5 janvier 1932.

térêt général, l'Etat devra donc intervenir dans le domaine économique et privé ; on sait que le gouvernement français a secouru les Banques d'Alsace et de Lorraine, la Banque Nationale de Crédit, enfin la Compagnie Générale Transatlantique (1).

Si nous rejoignons le droit administratif, nous retrouvons l'idée d'utilité publique au sens économique dans les nombreuses ingérences qui s'observent, à notre époque, de ce droit dans l'économie privée. Ne citons pour exemple que le « municipalisme », mouvement dont il sera reparlé au cours de cette étude.

La notion d'utilité publique affecte également le *droit constitutionnel*, champ d'action très vaste aux époques où le grand développement des idées s'accompagne de crises politiques.

Nous voyons en France au moment de la Révolution les réformes administratives les plus diverses, comme les théories proprement constitutionnelles, se grouper au cours des débats des assemblées sous l'idée « d'intérêt commun » (2), c'est-à-dire d'utilité publique : la division du territoire, le recrutement des juges à l'élection, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, la question du vote aux Etats Généraux (3), le débat sur le *veto* du roi (4).

Plus près de nous, après la Grande Guerre, la même pénétration de l'utilité publique dans le domaine constitutionnel s'observe dans les constitutions nouvelles et prend

(1) Dans le rapport présenté au nom de la Commission des Finances du Sénat sur le projet de loi concernant l'aide à apporter à la Compagnie Générale Transatlantique, M. Abel GARDEY déclarait : « une question de prestige national serait liée au renflouement de la Compagnie générale transatlantique ; la cessation des services maritimes de cette entreprise pourrait entraîner un préjudice moral ou matériel pour la nation. »

(2) V. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* 1789, p. 13, 61, 62, 71, 111, 116.

(3) V. sur tous ces points le célèbre pamphlet de SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*

(4) V. Discours de DUPORT, *Moniteur*, 4 juillet 1791, p. 811.

une teinte sociale : « propriété oblige » proclame la constitution de Weimar (1) ; son usage doit être en même temps « un service rendu à l'intérêt général » (2).

« Les énergies individuelles, tant physiques que morales, lit-on encore dans la constitution allemande, sont affectées au bien de la collectivité » (3).

En 1932, la récente constitution espagnole, est remplie de dispositions sociales qui s'échelonnent du féminisme à l'expropriation forcée. Pour juger de son esprit, il n'est que de lire l'intitulé de l'un de ses chapitres : « Famille, Economie, Culture » (4).

Cantonnée dans le domaine du *droit administratif*, la notion d'utilité publique est sortie très diverse du développement qu'a subi ce droit au cours du xix^e et du xx^e siècle.

La déclaration des droits de 1789 restreignait l'idée d'intérêt général à la « nécessité publique ». Cette notion n'a fait que s'étendre jusqu'à nos jours. On sait que depuis 1841, date de la loi sur l'expropriation, cette procédure a été appliquée à des objets de plus en plus nombreux et même bien que traditionnellement réservée aux collectivités publiques, cette prérogative a été accordée à des entreprises privées telles que les concessions de mines (5) ou des chutes d'eau (6).

Du même esprit procède la jurisprudence récente du Conseil d'Etat qui fait des travaux du concessionnaire de chutes d'eau travaillant pour son intérêt privé des travaux d'utilité publique (7).

Les droits de puissance publique reconnus à ces entreprises privées qui exploitent une richesse nationale inté-

(1) V. articles 153 et 155.

(2) V. dans le même sens : article 37 de la constitution yougoslave.

(3) Art. 163.

(4) V. chapitre II du titre 3.

(5) V. loi du 27 juillet 1880, art. 44.

(6) V. loi du 16 octobre 1919, art. 5.

(7) V. arrêt SIGALAS.

ressant la prospérité publique, infléchissent, remarque M. HAURIU, le concept d'utilité publique vers celui d'« utilité sociale » (1).

Devant toutes ces extensions progressives de la notion d'utilité publique, on comprendra qu'il est très difficile, sinon impossible, de la définir *ex-cathedra*.

Déjà, en l'an XII, le Consul CAMBACÈRES répondait à REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY, qui demandait que l'on définît la notion d'utilité publique : « Le Code civil ne peut établir que des règles générales et non en déterminer les *diverses applications* » (2). C'était indiquer que l'utilité publique ne pouvait se définir que par des cas concrets et variés et non se ramasser dans une formule capable d'en épuiser tous les caractères.

Les vieux auteurs de droit administratif éprouvent la même difficulté. Aussi ils répartissent cette notion entre le pouvoir de police et ce qu'ils nomment « l'action directe et exclusive de l'Etat » qui concerne les services publics (3), et dont la manifestation la plus achevée est le droit d'exproprier (4).

Dans la dernière édition du *Précis* du doyen HAURIU, sous la rubrique « La satisfaction de l'utilité publique » on lit : « Autant il est facile d'indiquer dans quelle mesure les administrations doivent chercher à maintenir l'ordre, autant il est délicat de préciser cette part de leur mission qui consiste à pourvoir à l'utilité pu-

(1) Mais, note M. HAURIU, « c'est à titre de moyen et non pas de fin ». V. *Précis*, 12^e édit., p. 59. V. dans le même sens : NÉZARD, *Eléments de droit public*, 1931, p. 346.

(2) V. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 20 vendémiaire an XII, LOCRÉ, t. VIII, p. 114.

(3) Défense nationale, voirie.

(4) V. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e édition, 1868, t. V, p. 634 et suiv. ; V. dans le même sens : CHAUVÉAU Adolphe dans son étude sur les cours d'eau non navigables ni flottables : *Principes de compétence et de juridiction administrative*, t. VII, 2^e série, p. 27, n^o 6, 1841.

blique » (1) ; le savant auteur est contraint de définir cette notion par « ce qui est public par opposition à ce qui est privé » (2), formule qui, dit-il, équivaut à la séparation de l'économique et de l'administratif, les intérêts privés étant d'après lui de caractère essentiellement économique, les intérêts publics, au contraire, étant à caractère « politique » c'est-à-dire « touchant à la police de la cité au sens large ».

Nous avouerons que cette définition ne nous satisfait qu'imparfaitement, parce que purement descriptive, elle enlève à l'utilité publique ce qui nous semble essentiel en elle, à savoir son caractère de notion, de concept dominant des règles de droit.

SECTION II.

Caractère évolutif et transitoire.

Le deuxième caractère de la notion d'utilité publique — celui sur lequel les auteurs qui ont abordé le sujet sont d'accord — c'est son caractère transitoire, *évolutif* (3).

La notion d'utilité publique tient à l'histoire et il faut entendre sous ce mot tout ce qu'il recèle de contingences :

(1) V. *Précis*, 12^e édit., p. 59.

(2) V. *op. cit.*, p. 59.

(3) Nous ne donnons au texte que des exemples tirés du droit administratif contemporain. On pourrait fort bien prouver le caractère transitoire de la notion d'utilité publique par des exemples pris dans les âges antérieurs. Dans l'antiquité, par exemple, l'esclavage est de droit des gens, c'est-à-dire de droit naturel (car le *jus gentium*, c'est le droit naturel propre aux hommes par opposition au *jus naturale* commun aux hommes et aux animaux) (V. SENN, *De la justice et du droit*, 1927, p. 78 et les citations). De même, à l'époque franque, la conception du *regnum francorum* formant un patrimoine privé aux mains du roi qui distribue à ses compagnons des prérogatives, — démembrements de la souveraineté, — ou des terres du *fisc* que nous qualifierons de domaniales, était compatible avec l'idée que l'on se faisait alors de la notion d'utilité publique. Ce ne sera qu'à l'époque féodale que le roi, cherchant à combattre les confusions qui se sont opérées entre la propriété et la souveraineté, va réincarner l'idée de l'Etat, de *res publica*.

faits, mouvements sociaux, progrès généraux du droit et des autres branches de la science. D'où une nouvelle impossibilité de donner de la notion que nous étudions une définition « valable pour tous les temps et pour tous les pays, puisqu'elle est pour une grande part sous la dépendance des mœurs et des transformations sociales » (1).

Pour nous borner au droit administratif, nous constatons que le développement de l'expropriation est lié à celui des idées d'hygiène et de santé publique, au désir de former le goût de la population en protégeant son patrimoine esthétique, à la volonté de répartir entre tous les charges publiques, en enlevant à certains individus la possibilité de s'enrichir sans cause.

De même, ce sont des découvertes scientifiques qui, en permettant l'utilisation de l'énergie des chutes d'eau, seront à l'origine de la loi du 16 octobre 1919.

Ce sont les progrès de la décentralisation comme aussi l'accroissement des besoins à satisfaire, qui ont permis un développement des cas de collaboration des individus à l'administration, alors que la Révolution restreignait au nom de l'individualisme la compétence étatique en séparant violemment ce qui est public et ce qui est privé (2).

La guerre, phénomène historique au premier chef, fait apparaître des utilités — des nécessités — nouvelles en droit privé comme en droit public. En droit privé, elle explique des lois comme celle du 9 mars 1918 sur les baux à loyer ; en droit administratif, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les pouvoirs de guerre et sur l'imprévision ; et bien après la crise, ces nouvelles conceptions de l'utilité publique subsistent : nous faisons allusion à la jurisprudence de l'imprévision (3).

(1) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 59.

(2) V. GÉNY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*. Thèse Nancy, 1930, p. 33.

(3) V. CAPITANT, *Livre du cinquantenaire de la société de législation com-*

Il est donc à tous égards fort juste de voir dans l'idée que l'on se fait à un moment donné de l'utilité publique, une conception purement transitoire, aussi précaire que les éléments sociaux, économiques ou matériels qui l'ont fait naître ; c'est bien ce que voit la Cour suprême américaine lorsque, classant dans l'un de ses arrêts la liste des entreprises qu'elle considère comme d'utilité publique, elle a soin d'y ajouter : « les entreprises qui historiquement ne présentent pas de caractère public mais qui cependant paraissent devoir un jour prendre ce caractère » (1). Il est clair, en effet, que la fonction essentielle de l'Etat est « d'ordonner la vie selon l'idéal de droit du temps et du lieu » (2).

Notre Conseil d'Etat, nous le verrons, sera amené à apprécier diversement l'utilité publique « selon les circonstances », en examinant si des difficultés exceptionnelles peuvent autoriser le sacrifice à l'intérêt général de certains intérêts particuliers (3).

SECTION III.

Caractère politique et administratif.

C'est parce que la notion d'utilité publique est à caractère *politique* qu'elle évolue au gré de l'histoire et qu'il est impossible de la cantonner dans une branche unique du droit.

Elle est donc liée au développement territorial de l'Etat comme au développement des théories juridiques qui en

parée, t. I, p. 31 et suiv. *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*.

(1) V. WOLFF, *C^o, v. Industrial Court*, 262 U. S. 529 (1922).

(2) V. POSADA, *Les fonctions sociales de l'Etat*, 1929, p. 135.

(3) V. Concl. de M. le Commissaire du gouvernement RIVET sous C. E., 11 décembre 1931, LIGUE POUR LA DÉFENSE DU COMMERCE PARISIEN. D. P. 1931.3.62.

forment le support : dans l'état féodal l'utilité publique ne comprendra qu'une partie de la souveraineté royale ; dans l'état centralisé, elle accroît ses attributs par l'unité territoriale.

Avec le libéralisme et l'individualisme du XVIII^e siècle, l'Etat n'assume qu'une fonction de police ; les individus réalisent eux-mêmes leurs fins. Au contraire, l'idée de « solidarité » ou « d'interdépendance sociale » dans laquelle le doyen DUGUIT place le fondement du droit (1) accroît à l'extrême les fonctions de l'Etat (2) : n'en citons comme preuve que l'abondante législation d'assistance.

Il en résulte que la notion d'utilité publique se confondra avec le gouvernement comme avec l'administration. Il en est ainsi déjà dans les lois révolutionnaires (3), et cette tradition ne s'est pas rompue jusqu'à notre époque : « Le gouvernement, écrit DUFOUR, est l'appréciateur et le gardien des *intérêts généraux* » (4) — « Les lois administratives, proclame MACAREL, sont des lois *d'intérêt public* » (5), (6) — « L'administration, déclare MOREAU, poursuit un

(1) V. DUGUIT, *Le droit objectif et la loi positive*, t. I, chapitre I et *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 2^e édit., 1923, p. 595. Cette règle, explique-t-il, s'impose aux gouvernants en ce sens qu'ils ne doivent pas seulement s'abstenir de faire des lois qui portent atteinte au libre développement de l'activité individuelle, mais qu'ils ont l'obligation de faire certaines lois garantissant un minimum d'enseignement, de travail, organisant l'existence.

(2) V. le titre de l'ouvrage de POSADA, *Les fonctions sociales de l'Etat*, 1929.

(3) V. Loi des 12-20 août 1790 sur la police des eaux : « L'administration doit chercher et indiquer les moyens... 3^e de diriger autant qu'il sera possible toutes les eaux du territoire vers un *but d'intérêt général*, d'après les principes de l'irrigation ». V. loi du 6 octobre 1791, connue sous le nom de Code rural, qui parle des « sacrifices que peut exiger le *bien général* ».

(4) V. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e édit., 1868, t. V, p. 634.

(5) V. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, 1852, t. III. Observations préliminaires.

(6) BOUCHÈNE-LEFER dès 1831 accole les deux formules : utilité publique et administration dans le titre de l'un de ses ouvrages : *Droit public et administratif français ou Analyse et résultats des dispositions législatives et réglementaires sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration*, 1831, 4 volumes.

but d'intérêt général » (1) — « Le droit public, dit ENOU, est un ensemble de règles d'intérêt général » (2) — ou encore « administrer, c'est pourvoir à l'intérêt général » (3).

Nous ne nous étonnerons donc pas de voir l'administration garder une nécessaire prérogative pour proclamer ce qui est d'utilité publique (4) ; juger de la possibilité d'accorder des autorisations en rivière, fixer la largeur des voies publiques (5), délivrer des alignements (6). En 1831, à l'occasion d'un projet d'ouverture d'un pont par laquelle les actionnaires de la Compagnie des Trois-Ponts de Paris se prétendaient lésés, le ministre, en réponse à leur pourvoi, déclare que leur crainte de voir réduire leurs bénéfices ne pouvait « être un motif de priver le public d'un établissement qui lui est nécessaire. Il s'agit seulement d'examiner si le gouvernement a le droit de faire établir un nouveau pont près de la rue des Saint-Pères où son utilité est manifeste, et ce droit est incontestable » (7).

SECTION IV.

Rôle de principe juridique.

Parce qu'elle imprègne tout notre droit administratif, la notion d'utilité publique parvient, dans certains cas, à le

(1) V. MOREAU, *Manuel de droit public français*, t. II ; *Droit administratif*, 1909, p. 707.

(2) ENOU, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, t. I : *Les travaux publics*, 1903, p. 2.

(3) ENOU, *loc. cit.*, p. 14.

(4) V. le chapitre sur la disparition des actes discrétionnaires et la réserve de l'opportunité.

(5) C. E., 16 août 1808, DANIELON c/ LEGARREC, ROCHE et LEBON, *Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat rendus en matière contentieuse depuis l'an VIII jusqu'en 1839*, t. I, p. 138.

(6) Ordonnance contentieuse, 29 décembre 1840. CASSAING, Cass. crim., 9 janvier 1925 ; MARNIER LAPOSTOLLE, S. 1926.1.190.

(7) Le Conseil d'Etat déclara que « l'ouverture d'une nouvelle voie de communication publique est un acte d'administration motivé sur des considérations d'ordre public et d'utilité générale ». V. C. E., 18 août 1831, COMPAGNIE DES PONTS A PARIS, *Rec.*, p. 333.

dominer. Elle devient alors un concept juridique qu'il est du plus haut intérêt d'analyser.

Déjà, d'anciens auteurs comme MACAREL, ont compris le rôle de clarification et de synthèse que cette notion pouvait jouer en droit public.

C'est grâce à elle que MACAREL établit la marche à suivre dans son exposé du droit administratif positif, ou, selon sa formule, de la « science du droit administratif ». Il indique son plan de la manière suivante :

« Préciser sur chaque matière le droit commun du pays quant aux choses et quant aux personnes ;

Rechercher ensuite les *exigences de l'utilité publique* et leur *motif* ;

Expliquer la nature et l'étendue des modifications ou restrictions légales que ces exigences ont fait établir ;

Enfin, et comme conséquence, exposer les droits et les devoirs respectifs de l'administration et des citoyens, c'est-à-dire le droit administratif positif de notre pays » (1). C'est que cet auteur veut remonter aux « principes » (2). Il veut « présenter les éléments de l'administration *abstractivement* » (3), et c'est là son grand mérite.

Formules singulièrement en avance sur le droit public de l'époque, et d'une richesse d'idées qui nous semble reprendre de nos jours une valeur toute particulière pour l'interprète.

Le droit administratif sans doute s'est développé considérablement tant sous l'effort de la doctrine que de la jurisprudence ; mais en dépit de l'abondance de la législation, il faut se souvenir qu'il demeure un droit non codifié et que par conséquent il a besoin, peut-on dire, en modi-

(1) V. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, t. III, 1872, p. 17.

(2) V. t. III, p. 9.

(3) T. III, p. 9. Il désire démontrer que les principes d'administration qui paraissent dignes d'entrer dans le code commun des nations civilisées... ont pour base l'attentive observation des besoins des hommes réunis en société organisée.

fiant la formule de MACAREL, plus qu'aucune autre branche du droit, de principes (1). N'est-ce pas d'ailleurs le rôle de la méthode scientifique de dégager d'un ensemble de faits les principes capables de les expliquer et par leur vitalité de les *diriger* dans les expériences futures ? (2)

On s'est préoccupé pendant longtemps d'étudier le droit administratif d'un point de vue descriptif. Il semble qu'il soit possible à l'heure actuelle de tenter une systématisation de certaines de ses théories les plus importantes parvenues à un degré de développement suffisant. C'est à cet effort que nous avons essayé de contribuer, dans la suite de cet ouvrage.

(1) V. MACAREL, t. III, p. 7.

(2) V. HENRI POINCARÉ, *La valeur de la science*.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE
TECHNIQUE RÉCENTE
DU DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE I

L'UTILITÉ PUBLIQUE CONDITION D'OCTROI DE LA PERSONNALITÉ MORALE

SECTION I.

Relation entre l'utilité publique et l'apparition de la personnalité morale.

La notion d'intérêt public est susceptible de revêtir bien des degrés qui s'échelonnent de l'intérêt privé à l'intérêt général et qui, entre ces deux termes, peuvent s'entendre d'un intérêt public plus ou moins intense.

Ainsi, les personnes morales de droit privé présentent des cas d'intérêt public, puisqu'elles englobent une collectivité qui n'est pas intégrée ni même associée à l'administration. Les personnes morales de droit public représentent ou bien des agrégats de services publics : Etat, départements, communes — ou bien des établissements rattachés à l'administration tels que les établissements publics — ou bien des établissements qui, par leur but d'utilité publique, se rapprochent de l'administration sans venir s'y confondre, assumant des charges mais recevant des avantages : tels sont les établissements d'utilité publique.

§ 1. — *Dans la personnalité morale de droit public.*

Selon la dose de l'intérêt public représenté, l'intervention de l'Etat est plus ou moins énergique.

Pour les personnes morales de droit public correspondant à une utilité publique définie et satisfaite par l'Etat — participant à ce titre au droit de la puissance publique — l'Etat garde la libre appréciation de l'opportunité que peut présenter la personnification de tel intérêt. L'Etat apparaît alors comme le créateur de la personne morale ; celle-ci n'existe qu'autant que ses fins se rapprochent de celles qu'il poursuit lui-même. Ainsi en va-t-il des établissements publics et, à un degré moindre, des établissements d'utilité publique. Mais ici encore des distinctions s'imposent, qui correspondent à une intervention de l'Etat variable avec l'intérêt général que présentent les groupements à personnaliser.

Ainsi, tout d'abord, le législateur pourra créer lui-même une personne morale de droit public déterminé, et la règle ne subit aucune exception pour tous les groupements territoriaux. D'ailleurs, on sait que l'évolution de la personnalité des communes (1) et des départements est jalonnée par des textes législatifs depuis l'époque révolutionnaire. L'utilité publique primordiale qui affecte les établissements publics nationaux entraîne également l'intervention législative pour leur création (art. 205 de la loi de finances du 13 juillet 1925). Le développement des idées libérales au cours du XIX^e siècle a tendu à restreindre ce procédé aux personnes morales de droit public, pour les personnes morales de droit privé, l'intervention législative devenant l'exception (2).

(1) Il ne peut être créé de nouvelles communes que par une loi, art. 5 de la loi du 5 avril 1884.

(2) Citons comme exception d'intervention législative dans le domaine des personnes morales de droit privé la règle, traditionnelle en France, selon

A une utilité publique moindre correspond l'attitude qui consiste pour la loi à créer en bloc certaines personnes morales dont elle fixe le nombre ou l'assiette territoriale laissant à des pouvoirs issus de l'exécutif le soin de les reconnaître une à une dans le cadre des règles législatives tracées : c'est ainsi qu'ont été créées les chambres de commerce (loi du 9 avril 1898) et les caisses des écoles (loi du 10 avril 1867) qui sont toutes deux des établissements publics, la première au terme de la loi, la seconde aux termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat (1).

D'autres fois, la loi ne fixera même plus le nombre des personnes morales à créer ni leur assiette territoriale ; elle se bornera à créer le genre, laissant aux autorités administratives le soin de leur donner une constitution juridique. Ainsi en va-t-il pour les établissements communaux tels que les hospices ou hôpitaux, les bureaux de bienfaisance. Ces établissements sont créés par décrets en Conseil d'Etat, sur demande des conseils municipaux intéressés (2). Il en est encore de même pour certains groupements à caractère privé auxquels on reconnaît une capacité plus étendue que celle dont jouissent les simples personnes morales en raison des buts d'utilité publique qu'ils poursuivent et auxquels l'Etat déclare vouloir s'intéresser. Le décret pris en Conseil d'Etat leur confère notamment la capacité d'acquérir à titre gratuit. Ils subiront des charges, mais bénéficieront de privilèges dans la mesure où le but d'utilité publique qu'ils poursuivent les rapproche des buts recherchés par l'administration : ce sont des établissements d'utilité publique.

laquelle aucune congrégation ne peut être constituée sans autorisation législative (art. 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901), mais l'intérêt public qui s'attache à l'apparition de ces groupements explique le rattachement de leur mode de création au procédé usité pour les personnes morales de droit public.

(1) Conseil d'Etat, 22 mai 1903, *Caisse des Ecoles du 6^e arrondissement*, p. 390, Concl. ROMIEU.

(2) Il en est de même pour les syndicats des communes ; loi de 1884, art. 169, modifié par les lois du 13 novembre 1917 et du 26 juin 1925.

En définitive, à ce stade l'administration crée moins le droit qu'elle ne consacre une situation juridique née en dehors d'elle. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a pu, bien avant l'intervention du législateur, reconnaître la personnalité de groupements associés de quelque manière à la gestion des services publics. L'arrêt *PATERNOSTER* reconnaît, par exemple, dès 1903, la personnalité juridique des Chemins de Fer de l'Etat avant qu'elle ne soit consacrée par la loi du 21 mars 1905. Dans l'arrêt *SYNDICAT DU CANAL DE GIGNAC* (1) le juge a déduit le caractère d'utilité publique des règles de fonctionnement et des intérêts dont l'association poursuivait la satisfaction.

§ 2. — *Dans la personnalité morale de droit privé.*

Si l'on observe maintenant les personnes morales de droit privé vis-à-vis desquelles l'intérêt public est indifférent, le rôle de l'Etat dans l'élaboration de la personnalité morale apparaît plus restreint encore.

Les associations, les sociétés civiles et commerciales, les syndicats professionnels, se créent spontanément et leur personnalité ne devient juridique que si elles remplissent certaines conditions fixées de manière impersonnelle par le législateur. L'Etat se borne à tracer les cadres généraux dans lesquels s'inscriront les activités collectives, mais il ne voit aucun intérêt à les individualiser, même *in genere*.

Des différences semblables apparaissent dans la disparition des personnes morales suivant que l'on considère celles de droit public ou celles de droit privé. Elles s'expliquent encore par l'idée d'intérêt public.

Dans le premier cas, l'intérêt public qui s'attache à leur suppression est égal à celui qui s'attache à leur création. Il s'en suivra donc qu'une loi ou un décret prononcera la disparition des personnes morales de droit public selon

(1) Tribunal des Confl., 9 décembre 1899, p. 731.

que l'intérêt public qui s'était attaché à leur création avait légitimé l'emploi de l'un ou de l'autre moyen.

Telles sont les constatations qui se dégagent de notre droit positif.

Il est permis de se demander maintenant dans quelle mesure la notion d'utilité publique influe sur le fondement de la personnalité morale.

SECTION II.

Le rôle de la notion d'utilité publique dans le fondement de la personnalité morale.

La personnalité morale, appelée encore « personnalité civile » par les textes législatifs (1), est une des théories qui ont suscité le plus longtemps les controverses des juristes depuis les canonistes et les post-glossateurs jusqu'aux savants du xix^e siècle en France et à l'étranger.

MM. BERTHELÉMY, HAURIOU, DUGUIT, MICHOUX, ont écrit sur la personnalité morale, comme IHERING, SAVIGNY, BRINZ ou JELLINEK et elle a sa place dans des livres récents comme *La Théorie de l'Institution* de M. RENARD (2) ou *La Règle Morale dans les Obligations* de M. RIPERT.

§ 1. — *Théories de la fiction, de la réalité, des patrimoines collectifs et de l'intérêt.*

Des deux théories qui s'affrontent sur le fondement de la personnalité morale, la théorie de la fiction et la théorie de la réalité, aucune ne parvient à rendre compte parfaitement des faits.

(1) V. lois du 8 avril 1911, art. 12 ; 9 juillet 1931 ; 15 juillet 1920, art. 92. Nous adopterons avec MICHOUX l'expression de personne morale afin de marquer qu'il s'agit d'une conception commune au droit privé et au droit public (V. MICHOUX, *La personnalité morale*, t. I, p. 26).

(2) 1930, t. I, voir par exemple, p. 441.

La première, considérant que les règles de droit s'appliquent à des personnes physiques et aux rapports qui les unissent entre elles, estime que ce n'est que par une fiction de droit que l'on peut soumettre des groupements — entités abstraites — aux mêmes droits que les personnes physiques.

A l'opposé, la seconde théorie assimile les êtres collectifs aux personnes physiques en mettant en lumière l'élément volonté qu'ils possèdent au même degré que les sujets de droit ordinaires.

A la théorie de la fiction, M. MICHOD a reproché son impuissance à expliquer l'attribution des biens qui sont le complément de la personnalité en droit privé. Va-t-on y voir des patrimoines sans maître, — va-t-on les remettre aux mains de l'Etat ? — Comment surtout étendre au droit public cette conception, l'Etat se manifestant traditionnellement comme une personne en droit interne, et surtout en droit international (1) ? Voilà autant de points qui demeurent inexpliqués dans la théorie de la fiction.

Loin de constituer une fiction lorsqu'on raisonne sur le droit public, la personnalité morale se révèle comme « une condition de l'existence même de l'Etat » (2) et les groupes sociaux apparaissent comme sortis spontanément des conditions mêmes de l'histoire. Le « synécisme » athénien décrit par CROIZET en est une manifestation éclatante (3) et c'est bien à bon droit que SAVIGNY définissait l'Etat « une personne morale nécessaire » (4). Dès lors, le rôle de la loi est postérieur dans le temps à la création de la personne morale.

Le législateur tolère ou prohibe : la loi apparaît comme un « épiphénomène » et par là s'explique bien qu'elle n'aît

(1) L'unité des deux domaines est affirmée par HAURIOU, 11^e édition, p. 293, note 1.

(2) MICHOD, n^o 12.

(3) CROIZET, *Les démocraties antiques*.

(4) *Traité de droit romain*, traduction GUENOUX, t. II, p. 239.

jamais pu anéantir complètement la personne morale, même aux époques où son hostilité contre « les corporations » était la plus grande.

En résumé, la théorie de la fiction ne s'applique qu'à un régime restrictif de droit à l'égard des personnes morales comme fut le nôtre pendant la plus grande partie du xix^e siècle.

La théorie de la réalité correspondait, en Allemagne comme en France dans la seconde moitié du xix^e siècle, au désir de relever l'idée de corporation en la soustrayant au bon plaisir de la loi, conséquence de l'idée de fiction. Cette théorie fut élaborée sur la conception civiliste du sujet de droit. Si le droit subjectif, ainsi qu'on le définit communément est « une puissance attribuée à une volonté par le droit objectif, une faculté de vouloir, reconnue par le droit (1) », on n'a plus qu'à démontrer que les personnes morales sont douées de volonté pour les faire rentrer dans la *réalité* du droit.

De là l'intervention de comparaisons empruntées à la biologie par exemple pour démontrer le caractère « organique » des sociétés (2), voire même à la chimie, pour illustrer l'idée de « l'unité dans la pluralité » de l'allemand ZITELMANN (3).

Toutes ces théories sont viciées par leur point d'origine.

Il est faux, ainsi que le démontre M. MICHOUX, que la volonté seule soit la condition nécessaire de l'acquisition d'un droit. Le fou, l'« infans », dit-il, sont bien des sujets de droit et pourtant leur état mental abolit en eux la raison. L'enfant conçu lui-même peut également acquérir

(1) V. MICHOUX, t. I, n° 31, et les auteurs auxquels il rapporte cette définition.

(2) WORMS, *Organisme et société*, 1896, p. 59.

(3) *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p. 62 : le corps humain n'est qu'un composé d'oxygène, d'hydrogène, d'azote, mais il est dominé par un principe d'unité résultant de la force vitale ; de même pour lui, dans les corporations l'unité vient non pas des hommes qui ressemblent aux composants du corps chimique, mais de leurs volontés.

de diverses manières. Enfin, le droit civil connaît des situations, telle l'institution contractuelle, qui comporte au profit d'enfants à venir la naissance de certains droits.

C'est donc que l'élément volonté, indifférent pour la jouissance des droits, c'est-à-dire pour leur acquisition, ne devient indispensable que pour leur exercice (1).

Il est une dernière conception qui s'appuie sur l'idée de but pour rejeter la théorie de la personnalité morale, et ne voir à sa place que des agrégats de patrimoines collectifs affectés au but que poursuit le groupement.

Un tel système, outre qu'il a beaucoup de peine à faire rentrer les droits des associés dans les cadres traditionnels attachés à la propriété (2), se heurte à l'impossibilité d'expliquer l'existence des personnes morales de droit public. Celles-ci ne sauraient, en effet, se réduire à un aspect patrimonial (3) — l'élément humain y demeure essentiel — et c'est lui aussi qui va s'identifier au but du groupement pour le qualifier historiquement, socialement et politiquement (4).

Voir dans l'homme seul un sujet de droit, recourir à l'idée d'affectation de patrimoines collectifs, sont autant de tentatives d'inspiration purement civiliste.

L'échec de ces théories démontre l'impossibilité d'expliquer la personnalité morale par l'unique moyen du droit privé. Il semble qu'il faille la pénétrer de droit public aussi, grâce à la notion d'utilité publique organisatrice de droit.

M. MICHOUX, devant les imperfections des conceptions

(1) V. CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 665.

(2) CAPITANT, t. I, p. 664.

(3) V. sur cette idée CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., p. 170 ; 5^e édit., p. 204.

(4) Comparer la conception d'HAURIUO qui voit « par-dessus la personnalité juridique » des établissements publics « une institution corporative » et lie indissolublement l'élément personne à l'élément patrimonial, si bien que la suppression de la personnalité ne suffit pas à rendre les biens vacants et sans maître, l'élément humain survivant à la disparition de l'élément patrimonial (HAURIUO, 12^e édit., p. 318, n^o 8, 3^o et MICHOUX, t. II, p. 377).

précédentes, donne comme point de départ à sa théorie l'idée d'intérêt et non plus l'idée de volonté. Il définit, dès lors, le titulaire de droits « l'être collectif ou individuel dans l'intérêt de qui ce droit est reconnu ». La volonté n'est pas éliminée, ainsi qu'il s'en défend lui-même (1) : elle retombe seulement au rang d'élément secondaire, l'intérêt devenant « l'élément fondamental du droit » (2), si bien que ce n'est pas de la volonté mais de l'intérêt qu'elle représente que la loi va assurer la protection.

Comme pour M. MICHOUX un intérêt protégé par le droit est par lui-même un intérêt protégé par le droit naturel, la théorie qu'il se propose ne tend pas à accroître l'arbitraire de l'Etat dans le choix des intérêts à individualiser. Pour nous, cette conception est fort intéressante et nous semble rendre compte du problème de la personnalité morale, à condition de considérer toute reconnaissance de droit à l'individu ou au groupe comme la traduction à la fois d'un intérêt privé et d'un intérêt public, ce dernier étant souvent, et à l'origine surtout, l'élément dominant.

§ 2. — *Le problème de la personnalité morale n'est pas uniquement un problème de droit privé.*

Prenons le droit des personnes. Aucun domaine ne semble plus réservé à l'influence du droit privé. Protéger les droits de l'individu, c'est favoriser les expansions individuelles, et cependant si certaines manifestations de la liberté sont interdites par la loi, c'est dans un intérêt général évident : celui de la conservation du groupe social. Ainsi, comme conclut M. MICHOUX, la protection de la volonté des personnes ne couvre que les manifestations de cette volonté qui ont pour but « un intérêt humain que

(1) N° 48, t. I : « il ne serait pas exact de dire purement et simplement, comme le fait M. IHERING, que le droit est un intérêt juridiquement protégé ».

(2) N° 48, t. I.

le législateur considère comme digne d'être protégé » (1). Cet « intérêt humain » c'est l'intérêt du groupe à sa propre conservation, l'intérêt général au sens constitutionnel.

Le droit romain primitif n'a attribué la qualité de sujets de droit qu'à ceux en qui résidait l'utilité publique de la conservation des gentes : les *patres familias*. Eux seuls peuvent être sujets actifs et passifs de droit. Ce privilège que leur donnait le *jus civile* était bien alors un privilège de droit public ; il importait à l'équilibre même de la confédération des familles qu'était l'ancienne cité romaine (2).

Ce n'est qu'avec le développement des idées morales, sous l'influence de la philosophie grecque, que la notion d'utilité publique, se transportant du plan constitutionnel et économique au plan strictement privé — au sens que nous attachons traditionnellement à ce mot — que les femmes, les enfants, les esclaves, deviennent sujets de droit. On mesure par cet exemple de combien le problème posé par l'apparition des sujets de droit déborde les théories de la fiction ou de la réalité, en ce sens que le point de vue civiliste qui attache invariablement la qualité de sujet de droit à la personne physique est de beaucoup dépassé par le point de vue de droit public, qui fait de la personnalité la mesure de l'utilité publique.

Pareillement, on est bien forcé de reconnaître que l'association représente des intérêts divers qui, par leur importance au regard de la civilisation ou de l'ampleur de la collectivité qu'ils affectent, intéressent le droit public, et l'on sent là combien il serait étroit de réduire ce groupement à l'idée de patrimoine collectif.

Si généralisant, on envisage l'Etat, cette conception devient alors absurde autant qu'inexacte. Qui oserait ne voir en lui qu'un patrimoine indivis entre tous ses ressortissants ? L'idée de but et d'utilité publique pénètre beau-

(1) T. I, p. 115.

(2) V. PERROT, *Précis élémentaire de droit romain, passim* (1^{re} année).

coup plus profondément dans la réalité de l'histoire.

Mais on voit dès maintenant la question qui semble faire obstacle à l'adoption d'un critérium de la personnalité où rentrerait la notion d'utilité publique : lorsque l'Etat, parvenu à son développement, domine les personnes comme les groupes, résumant en lui la totalité de la notion d'utilité publique, la reconnaissance de nouveaux sujets de droits cesse d'être motivée par les nécessités techniques d'élaboration de l'Etat entendu comme un agrégat de groupes qu'il s'agit de relier, autrement dit pour des raisons d'équilibre constitutionnel. Elle est devenue une *faveur* de l'Etat, une exception à la règle qui s'est implantée selon laquelle c'est l'Etat seul qui dit ce qu'est l'utilité publique et quels sont les moyens d'y pourvoir. Cet aboutissement est bien démontré par l'histoire.

Dès le *xvi^e* siècle, l'Etat se réserve jalousement le droit de créer des personnes morales, prohibant celles qui se formeraient sans son assentiment ; « l'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du Roi » écrit LOISEL (1). Bien mieux, sur tout groupement va bientôt peser une présomption d'hostilité à l'égard de l'Etat ; aussi celui-ci exigera-t-il, pour les autoriser, qu'ils remplissent à côté de leurs fins privées, un but d'utilité générale. L'Etat va donc faire de ces groupements privés ses collaborateurs dans la gestion des services publics, nous dirions dans notre terminologie actuelle, des « établissements publics ».

On lit, par exemple, dans l'*Encyclopédie* au mot « communauté » : « leur usage est de pourvoir par le concours de plusieurs personnes à *quelque fin utile au public* quoiqu'elles soient aussi établies pour le bien commun de ceux qui en sont membres ». Ces idées développées pendant tout le cours du *xviii^e* siècle aboutissent pendant la Révolu-

(1) *Institutes coutumières*, t. I, n^o 400.

tion à la hantise des corporations et à leur suppression (1). Entre autres textes abolissant les corporations, citons le décret des 14-17 juin 1791 concernant les associations d'ouvriers, où il est dit : « l'anéantissement de toutes ces espèces de corporations de citoyens du même état et profession étant *une des bases fondamentales* de la constitution française, il est défendu... » (2). Et lorsque sous le premier Empire renaîtront certaines corporations à but charitable, elles s'identifieront à l'idée d'utilité publique et de service public, ne serait-ce qu'en se plaçant sous la protection de Madame, mère de l'Empereur (3) : elles seront encore des établissements publics.

Pour la recherche qui nous occupe — la notion d'utilité publique dans l'apparition de la personnalité morale — constatons que la reconnaissance de personnes morales s'explique encore à ce stade en partie par des raisons d'utilité publique, mais que l'importance de cette notion s'est déplacée. Tout à l'heure l'utilité publique était orientée vers la formation d'une société donnée; maintenant que nous considérons un moment de l'histoire où cette société est adulte, l'utilité publique s'est retournée vers sa source : les individus. Si l'Etat se résigne à admettre la naissance de personnes morales en face de sa personnalité toute puissante, c'est parce que le droit public en est venu à cette époque à considérer que l'intérêt public exige que certaines activités collectives soient revêtues des aspects juridiques de l'individu physique, c'est-à-dire deviennent des sujets de droit.

C'est à cette époque de l'évolution que nous semble se placer M. MICHOUX lorsqu'il écrit : « Si le droit veut cor-

(1) V. Discours de BARNAVE, 13 octobre 1789. *Annales parlementaires*, t. IX, p. 423. Discours de THOURET, 23 octobre 1789, t. IX, p. 485, cités par MICHOUX, t. I, p. 420-421, à propos de la célèbre discussion sur la sécularisation des biens du clergé.

(2) V. MICHOUX, t. I, p. 422 (1).

(3) Ainsi procède un décret du 18 février 1809 autorisant des congrégations hospitalières de femmes.

respondre aux besoins de l'humanité, il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains... Reconnaître le groupement comme licite, c'est par là même reconnaître l'intérêt qu'il poursuit comme digne d'être protégé » (1).

L'intérêt général est donc toujours en jeu par quelque côté dans le problème de la personnalité morale. C'est sans doute cette idée qui inspire M. ROLLAND lorsqu'il qualifie certaines personnes morales privées « d'entreprises privées d'intérêt général » (2).

Le problème de la personnalité morale ne se resserre pas à une seule question de droit privé et ne peut pas s'expliquer que par des moyens uniquement tirés de la technique du droit privé. L'histoire nous y révèle l'influence du droit public sous la forme de la notion d'utilité publique, puisque nous distinguons à l'origine des personnes morales des causes sociales, ou économiques — traduisons cette masse d'idées en disant : par des causes de droit public, expression entendue au sens large. La notion d'utilité publique en cette matière, célèbre entre toutes, remplit son rôle de concept organisateur du droit en constituant pour une grande part le fondement de la personnalité morale.

Que les influences des idées de droit public rendent l'Etat moderne plus libéral dans la reconnaissance des personnes morales, cela est l'évidence même, mais ce phénomène ne doit pas empêcher de constater que la reconnaissance d'un groupement comme sujet de droit repose sur l'appréciation de son utilité publique par l'Etat. Ainsi, dans un certain sens seulement, il est vrai de dire que la personne morale se crée elle-même en dirigeant des individus et un patrimoine vers la satisfaction de certains

(1) T. I, n° 52, p. 115-116.

(2) *Précis*, 2^e éd., n° 35, p. 234.

buts. La vérité, c'est que la personne morale à la fois *se crée* dans la mesure où le « fait associationnel » se produit et où naît l'idée de but, et à la fois *est créée* dans la mesure où l'Etat, interprète des idées de droit public qui s'imposent à lui en raison de son histoire, fait entrer dans le droit une nouvelle personne juridique.

Ne considérant plus maintenant que les personnes morales de droit public, nous voudrions rechercher la part de l'idée d'utilité publique dans la personnalisation des intérêts collectifs en étudiant les établissements publics et d'utilité publique.

SECTION III

Le rôle de la notion d'utilité publique dans la classification des établissements d'intérêt général.

Les établissements publics et d'utilité publique.

Nous savons ce qu'il faut entendre en disant que la notion d'utilité publique contribue à expliquer l'acquisition de la personnalité de droit privé, et quel renversement s'est opéré dans la direction de l'utilité publique. C'est, dirons-nous pour résumer notre conception, une question de « droit constitutionnel privé ».

§ 1. — *Le rôle de l'Etat dans l'apparition de la personnalité morale de droit public.*

Envisageons uniquement les personnalités morales de droit public. Pour celles-ci, la notion d'utilité publique va expliquer directement leur personnalité sans qu'il soit besoin de faire un détour de raisonnement.

C'est l'Etat qui crée le département, par la loi des 22 décembre 1789-15 janvier 1790. C'est lui qui, par la loi du 10 mai 1838 lui reconnaît des droits de propriété qui supposent la personnalité. C'est lui qui crée la com-

mune par la loi du 14 décembre 1789. L'art. 5 de la loi de 1884 dispose qu'une intervention législative est nécessaire pour la création d'une nouvelle commune.

De même, nous le savons, les établissements publics nationaux, bien qu'ils ne soient pas des groupements territoriaux, ne peuvent être créés que par une loi (1) qui « détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement et leur confère la personnalité civile et s'il y a lieu l'autonomie financière ». Pour être moins sensible, l'intervention du législateur se marque encore dans la création des établissements publics communaux, la loi instituant une catégorie que les agents publics rempliront d'individualités concrètes.

C'est l'Etat enfin qui, en octroyant la reconnaissance d'utilité publique par décret en Conseil d'Etat, va élever des groupements privés au rang de collaborateurs de l'administration, sous le nom d'établissements d'utilité publique. Si ces groupements conservent un intérêt privé, ils n'en font pas moins partie, nous semble-t-il, du système des personnes morales de droit public. Aussi ne voir, comme le fait M. MICHOD (2), dans les établissements d'utilité publique que des personnes privées, c'est à notre sens ne pas assez tenir compte de la collaboration qu'ils prennent à la satisfaction d'intérêts généraux rapprochant leur but des fins poursuivies par l'administration.

Beaucoup plus juste nous semble la méthode de M. BERTHÉLEMY, qui classe les établissements publics et d'utilité publique parmi les « personnes morales de droit administratif » (3), ainsi que la conception d'ensemble de M. JACQUELIN concernant les personnes morales de droit public. Pour M. JACQUELIN (4), c'est sur l'idée de service public que va se construire la personnalité morale en droit admi-

(1) Art. 205 de la loi de finances du 13 juillet 1925.

(2) T. I, p. 230.

(3) 12^e édit., p. 40.

(4) *Cours de doctorat*, 1930-1931.

nistratif. La progression de la généralité des services d'intérêt collectif entraîne comme corollaire celle de la hiérarchie des personnes morales publiques ; de là deux grandes divisions dans les personnes morales de droit public : d'une part les « personnes administratives » qui sont l'Etat, les départements, les communes ; d'autre part les « simples personnes morales publiques » qui englobent les établissements publics et d'utilité publique. Dans la première catégorie, il s'agit d'unités administratives douées de pouvoirs de commandement qui assurent la marche des services généraux ; dans le deuxième cas, il s'agit d'intérêts collectifs spéciaux à certaines catégories de citoyens qui ont été individualisés, par exemple, la catégorie des indigents au regard de l'assistance publique.

Nous n'examinerons pas la confusion des établissements publics et d'utilité publique chez les rédacteurs du Code civil et chez les anciens auteurs de droit administratif tels que CORMENIN, GÉRANDO, MACAREL, LAFERRIÈRE même. Nous n'étudierons pas non plus comment s'est effectuée la distinction ; MM. des CILLEULS (1) et AVRIL (2) ont montré comment cette séparation se dessine à la fin de la Restauration pour n'être acceptée que sous le second Empire, pendant la période de l'empire libéral.

Nous voulons seulement rechercher comment les principes de notre droit administratif permettent de distinguer les deux catégories d'établissements.

§ 2. — *L'établissement public.*

L'établissement public et l'établissement d'utilité publique offrent des cas de collaboration graduée d'une personne morale avec l'administration, collaboration qui dans

(1) Du régime des établissements d'utilité publique. *Revue générale d'administration*, 1890, t. II, p. 174.

(2) *Les origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique*, p. 270. Thèse Grenoble, 1900.

le cas de l'établissement public seulement entraîne l'incorporation du groupement à l'Administration (1).

L'établissement public — l'Öffentliche Anstalt du droit allemand (2), l'Instituto Pubbico du droit italien (3) — peut être défini, en reprenant l'expression de M. ROMIEU (4), « des personnes morales créées pour la gestion d'un service public ». Caractère de service public, caractère de personne morale, tels sont les deux attributs de l'établissement public (5). Il se rattachera, selon son objet, à une circonscription territoriale plus ou moins vaste et suivant celle-ci on distinguera des établissements nationaux tels que les diverses académies, les établissements d'instruction publique, les chambres de commerce, les divers offices, des établissements publics départementaux, tels que les offices départementaux de pupilles de la nation, communaux tels que les hôpitaux et hospices, les bureaux de bienfaisance, les offices d'habitations à bon marché.

Du fait qu'il y a service public, s'ensuivront des règles de fonctionnement qui sont autant de dérogations au droit commun ; les décisions de ces organes seront des actes administratifs possédant le caractère exécutoire, susceptibles par conséquent d'être critiquées par le moyen du recours pour excès de pouvoir.

Les travaux qu'ils effectuent seront des travaux publics (6), les contrats qu'ils passeront seront des contrats administratifs, les deniers qu'ils manient sont des deniers

(1) En ce sens voir DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e édit., t. VI, n^o 2232.

(2) GIERKE, *Deutsches Privat Recht*, t. I, § 77.

(3) FADDA et BENSA, sur *Windscheid*, t. I, p. 792.

(4) Concl. sous Conseil d'Etat, 22 mai 1903, *Caisse des Ecoles du 6^e arrond.*, p. 396.

(5) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 280 ; ROLLAND, *Précis*, n^o 42.

(6) V. Conseil d'Etat, 30 déc. 1927. *D. H.* 1928, p. 140 pour des travaux effectués par l'Office public des habitations à bon marché, qui constituent des établissements publics. V. MICHOUX, p. 260 et l'art. 9 de la loi de codification du 5 décembre 1922.

publics (1). Ils seront soumis aux règles de la comptabilité publique et à la compétence du juge des comptes ; ils jouiront d'une hypothèque légale sur les biens de leurs comptables (art. 2121 du Code civil), les contributions de leurs membres lorsqu'elles existent seront de véritables contributions publiques (2), leurs administrateurs se rapprochent de la qualité de fonctionnaires (3), ils bénéficieront de certaines faveurs fiscales et seront soumis à certaines obligations, autorisations ou contrôles (4) dans l'intérêt de la bonne gestion du service.

Ce qui fait son originalité, c'est qu'il donne satisfaction à des intérêts qui pour être collectifs et permanents ne sont pas communs à tous les habitants d'une circonscription, mais qui ne s'adressent qu'à une seule catégorie, les indigents par exemple, bref ceux que M. MICHOUX appelle les « bénéficiaires du service » (5). Or, présenter un intérêt collectif distinct des intérêts individuels ou communs, voilà bien la condition essentielle à l'acquisition de la

(1) V. Conseil d'Etat, 20 juin 1919. BRINCAT, *R. D. P.*, 1920, p. 80 pour les monts de piété.

(2) L'arrêt Syndicat du Canal de Gignac en tire des conséquences touchant les pouvoirs du Préfet.

(3) La jurisprudence et la doctrine sont à cet égard hésitantes. Pour l'affirmative, voir MICHOUX, t. I, p. 391 et note (3) concernant les agents de l'Office National du Commerce extérieur, établissement public aux termes de l'art. 6 de la loi du 25 août 1919, dont les agents selon lui devraient être considérés comme des fonctionnaires, bien qu'ils ne fassent pas partie des cadres de l'Administration. En effet, des décrets fixent les cadres et les traitements du personnel (décrets du 27 avril 1921 et du 5 janvier 1920), les conditions d'obtention des divers emplois (décret du 11 avril 1921), mais n'étant pas des agents de l'Etat ils ne sont pas soumis au régime de la loi de 1853 sur les pensions civiles (décret du 5 janvier 1922). V. pour la jurisprudence : Conseil d'Etat, 29 avril 1922 ; CAILLAUX, *R. D. P.*, 1923, p. 229, conclusions RIVET.

(4) Voir Conseil d'Etat, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes*, p. 941 : les Chambres de commerce, quelle que soit l'indépendance que le législateur a entendu leur reconnaître pour la gestion des intérêts qu'elles représentent, sont comme tous les établissements publics soumises au contrôle supérieur du Gouvernement, dont l'exercice n'est pas limité au droit conféré spécialement au Ministre du Commerce par la loi du 9 avril 1898 pour l'approbation des budgets et des comptes.

(5) T. I, n° 122. V. aussi pour le développement de la même idée HAURIU, 11^e édit., p. 236.

personnalité morale dans la conception de M. MICHoud.

Par la présence de l'élément service public se trouve relégué au deuxième plan l'élément de droit privé qui existe chez ces établissements comme chez les personnes morales territoriales, départements ou communes. Ces établissements publics, en effet, ont en garde des masses de biens plus ou moins grandes affectées au but poursuivi par le groupement et c'est cet élément patrimonial que certains auteurs partisans de la théorie des droits sans sujet, ont voulu considérer uniquement (1). D'ailleurs, nous savons que la création d'un établissement public ne peut relever que de la loi (2) puisqu'il s'agit soit de créer de toutes pièces un service public, ainsi a fait la loi du 29 Floréal an X pour l'ordre de la légion d'honneur, ou encore la loi du 15 juillet 1893 pour les bureaux d'assistance médicale créés par des communes, soit d'adjoindre à l'administration publique un établissement créé par des particuliers, telles sont les chambres de commerce, ou enfin d'individualiser tel service public préexistant en l'érigeant en personne morale ; c'est ce qui s'est produit pour les anciens hospices (3), ou plus récemment pour les musées nationaux (4) et les facultés (5).

Mais est-ce à dire qu'en raison de l'existence de l'élément service public on va être conduit à voir des personnes morales dans tous les services de l'Etat (6), si bien que la personnalité de celui-ci se fragmenterait à l'infini ? Nous ne le pensons pas.

(1) Par exemple M. PLANIOL dans son *Traité de droit civil*, 11^e édit. et M. RIPERT, t. I, n^o 3005. V. H. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 11^e édit., p. 34.

(2) MICHoud, t. I, n^o 125, p. 374. Voir aussi exposé des motifs de la loi du 18 février 1904 attribuant à l'Office colonial la personnalité. V. la loi du 3 juillet 1925, art. 205, précité.

(3) Loi du 16 vendémiaire, an V.

(4) Loi du 16 avril 1895, art. 52.

(5) Loi du 28 avril 1893, art. 71.

(6) Voir en ce sens MARQUÈS DE BRAGUA et LYON, *Traité de la comptabilité de fait*, t. II, n^o 172. Voir encore *Répertoire de droit administratif*, v^o *Comptabilité de fait*, n^o 272.

Nous croyons, avec M. MICHOU, que deux conditions sont nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale : il faut que les groupements administratifs considérés présentent à la fois des organes distincts et un intérêt propre. Aussi MM. TISSIER (1), DUCROCQ (2) et MICHOU reprochent fort justement à cette conception de détruire l'unité de l'idée de chose publique et par là d'annihiler la personnalité de l'Etat. « Certaines branches de l'administration, écrit MICHOU (3), ne doivent point être regardées comme douées de personnalité morale parce qu'elles y répugnent par leur nature même. Ce sont toutes celles qui représentent des services d'intérêt général ne correspondant à aucun groupement distinct du groupement national ou territorial », et il range dans cette classe les armées de terre et de mer, les cours et tribunaux, les assemblées politiques, les divers ministères (4).

En pratique, il est souvent très délicat de préciser si telle institution d'intérêt général est individualisée en établissement public. Ainsi, pour prendre un exemple, la Caisse des dépôts et consignations possède-t-elle une personnalité distincte de celle de l'Etat ? La réponse ne saurait faire de doute pour les auteurs dont nous avons combattu l'opinion et qui voient dans chaque service public une personne morale. Dans cette conception, la Caisse possède évidemment une personnalité distincte (5). Mais pour ceux, qui tel M. MICHOU, n'admettent qu'il n'y a établissement public que si certaines conditions sont réu-

(1) *Traité des Dons et Legs*, t. I, n° 92.

(2) *De la personnalité civile de l'Etat*, p. 19.

(3) T. I, n° 131, p. 396.

(4) MICHOU, *La personnalité et le droit subjectif de l'Etat* (v. *Théorie de la personnalité*, t. I, p. 397, note 1): « Un ministère, dit-il, n'est pas un centre d'intérêts, parce que les intérêts dont il a la garde ne sont et ne peuvent être que ceux de l'Etat ». En sens contraire : HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, chapitre 14; HAURIOU, se fondant sur l'aspect volonté du droit subjectif, admet la personnalité des chambres; voir note S. 1899. 3.145.

(5) Voir MARQUES DI BRAGUA, n° 183.

nies, la difficulté est grande et ils désespèrent de trouver un « critérium suffisant ».

Il faudra donc considérer les règles de fonctionnement de l'établissement dans leur ensemble (1).

Le fait de reconnaître chez cet établissement la présence d'une dotation, la possibilité de lui donner et de recevoir des libéralités, de conserver des bonis, l'indépendance de ses organes, l'individualité financière, pourront être retenus comme des indices de personnalité sans qu'aucun de ces éléments pris isolément soit déterminant.

L'individualité financière, par exemple, si elle apparaît souvent réunie à la personnalité morale ne la commande pas. La Caisse d'épargne postale possède l'individualité financière, mais ne posséderait pas selon M. MICHOUX la personnalité morale (2) ; et inversement, la section de commune dont la personnalité morale est certaine, n'a aucune individualité financière (3). M. MICHOUX, ne retrouvant dans la Caisse des Dépôts et Consignations aucune des « circonstances » qui viennent d'être indiquées, sauf la présence d'organes indépendants, se refuse à voir en elle un établissement public dissocié des services de l'Etat (4).

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation est en sens différent. Un arrêt DESREUMEAUX (5) y voit un établissement public — et à juste titre pensons-nous — et il en est de même du Conseil d'Etat (6). Dans la note qui accompagne l'arrêt de la Cour, M. MESTRE, après une analyse minutieuse, se prononce en faveur de la personnalité. En effet, son budget établi par le directeur général,

(1) MICHOUX, t. I, n° 132.

(2) T. I, nos 130-132, p. 395 et 402.

(3) Il en est de même des Caisses des écoles. V. avis du Conseil d'Etat du 17 mai 1900, Caisse des Ecoles. *Revue générale d'administration*, 1901.1.301.

(4) T. I, n° 132. Dans le même sens : DUCROCQ, 7^e édit., t. VI, p. 560 ; TISSIER, *Dons et legs*, n° 97.

(5) 23 octobre 1899, S. 1901.1.137. Cet arrêt décide que les pièces que renferment les caisses ne sont pas soumises à publicité.

(6) Conseil d'Etat, 29 juin 1906, LURTON, p. 585.

approuvé par le Chef de l'Etat, est indépendant de celui de l'Etat (1), ses comptes sont vérifiés par la Cour des Comptes indépendamment de ceux de l'Etat (2). M. MESTRE conclut à son autonomie financière et de là à son autonomie administrative en constatant qu'elle possède des organes distincts de ceux de l'Etat : un caissier général, un directeur responsable qui, s'il est nommé par le Chef de l'Etat, ne peut être révoqué que sur l'initiative d'une commission de surveillance indépendante du gouvernement.

Enfin les textes mêmes qui ont organisé cet établissement lui permettent d'affirmer sa personnalité juridique. Ceux-ci le qualifient « d'établissement spécial » (3), parlent des « droits respectifs du trésor et de la caisse » (4), déclarent vouloir lui assurer plus « d'indépendance » qu'aux institutions antérieures qui la remplaçaient (5). Il n'est pas jusqu'aux déclarations faites lors des débats parlementaires en 1895 qui fortifient cette opinion et permettent à M. MESTRE de conclure à la personnalité juridique (6).

Des difficultés analogues se rencontrent pour la Caisse d'épargne postale (7). Bien qu'elle possède une dotation, qu'elle puisse recevoir des libéralités et conserver ses bonis (8), elle reste étroitement liée à l'Etat et à l'autorité du ministre des Postes (9).

(1) Ordonnance du 22 mai 1816, art. 37.

(2) Article 40.

(3) Loi d'organisation de la Caisse du 28 avril 1816, art. 110.

(4) Ordonnance du 22 mai 1816, art. 6.

(5) Ordonnance du 3 juillet 1816 relative à ses attributions.

(6) En ce sens : AUCOC, Conférences, 3^e édit., t. I, n° 207 ; t. II, n° 604 ; HAURIU, 2^e édit., p. 286 ; WAHL, note S. 1893.1.529.

(7) M. MICHOU, n° 132, se refuse à y voir un établissement public.

(8) Loi du 9 avril 1881, art. 15 et 16.

(9) Voir BERTHÉLEMY, 12^e édit., p. 960. La jurisprudence est également en ce sens. Un arrêt du Conseil d'Etat du 24 décembre 1909. D. P. 1911.3.127, admet implicitement que l'Etat peut être responsable pour fautes dans le fonctionnement de la Caisse. — En sens contraire : HAURIU, 11^e édit., p. 243, qui voit une marque de personnalité dans la faculté dont elle jouit d'employer une partie de sa dotation pour acquérir des immeubles ; art. 73 de la loi du 8 avril 1910.

La multiplication des offices constitue encore un domaine où il faut soigneusement examiner les divers caractères des organisations créées avant de les classer dans telle ou telle catégorie d'établissements.

Ce mouvement, qui a commencé dès avant la guerre a consisté à retirer certains services qui rentraient jusqu'alors dans les attributions des administrations centrales, pour les confier à des organismes spéciaux présentant une individualité plus ou moins accentuée. Leur rôle est en général un rôle de renseignement, de documentation technique et d'étude. L'Office de législation étrangère, par exemple, créé en 1908 et investi de l'autonomie financière (1), doit centraliser et mettre à la disposition du public les actes législatifs des pays étrangers, réunir une documentation de droit comparé, etc... (2). Parfois, ces offices auront un rôle actif : effectuer les améliorations qu'ils auront reconnues nécessaires dans tel service, tel est le rôle de l'Office national du tourisme (3) ou celui de la navigation (4).

Du point de vue de l'intensité de leur individualité, des nuances sont faciles à discerner.

Certains ne sont que des services d'un ministère. M. ROLAND (5) cite comme rentrant dans ce type l'Office des renseignements agricoles qui n'est qu'un bureau du ministère de l'Agriculture (6), l'Office du travail, qui n'est qu'un bureau du ministère du Travail. « L'individualité administrative » n'existe qu'à l'état embryonnaire ; elle se résume dans la spécialisation de la tâche et dans une appel-

(1) Loi de finances du 27 février 1912.

(2) L'Office national du commerce extérieur a pour mission de « fournir aux industriels et négociants français les renseignements commerciaux de toute nature pouvant concourir au développement du commerce extérieur et à l'extension de ses débouchés dans les pays étrangers, les colonies françaises et les pays de protectorat (loi du 4 mars 1898, art. 2).

(3) Créé par la loi du 8 avril 1910, art. 123.

(4) Créé par la loi du 27 février 1912, art. 67.

(5) *R. D. P.*, 1912, p. 484. La personification des services publics.

(6) Décret du 25 avril 1901 et rapport *J. O.*, 28 avril 1901, p. 2773.

lation particulière. A un échelon supérieur se situe l'Office national des retraites ouvrières ; il n'est pas englobé dans l'administration centrale du ministère du Travail, mais relève directement du ministre. Il est doté d'un personnel soumis à un statut spécial (1).

D'autres offices possèdent à la fois l'autonomie financière, disent les textes, et la personnalité morale. Pourvus, en effet, non seulement d'un budget spécial et d'un patrimoine spécialement affecté au service qui leur est confié, mais d'organes à eux : directeurs, conseil de direction, comité de perfectionnement (2), et sont soumis seulement au contrôle du ministre.

Ainsi que le note M. ROLLAND, le « régime des offices est un régime plus ou moins, mais toujours à un degré quelconque, décentralisé ».

L'expression « d'autonomie » dont parlent les lois est à ses yeux « excessive », mais « elle marque bien ce que sont les offices ainsi personnalisés : ce sont des établissements publics décentralisés (3). »

L'assimilation entre cette catégorie d'offices et les établissements publics a été faite par le législateur pour l'Office du commerce extérieur (Loi du 4 mars 1898, art. 1).

Selon M. ROLLAND, qui s'appuie avant tout sur leurs règles de fonctionnement, il ne faut voir dans leur rattachement à un ministère qu'un détail qui ne l'empêche pas de les considérer comme des établissements publics.

Nous voyons encore un établissement public décentralisé dans l'Office national de l'azote (4) bien que son conseil d'administration et son président soient entièrement nommés par décret et soient soumis strictement au pouvoir central, pouvant être révoqués dès que les intérêts de

(1) Décret du 16 juillet 1910, art. 1.

(2) V. organisation de l'Office du Tourisme, décret du 24 août 1910.

(3) *R. D. P.*, 1912, p. 486. V. dans le même sens : HAURIU, 7^e édit., p. 342.

(4) Loi du 11 avril 1924 qui l'a doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière ; décret du 30 mai 1925.

L'Office l'exigent, ses représentants possèdent en effet des pouvoirs de décision très étendus dont le droit commun est représenté par des délibérations définitives, et son conseil d'administration est compétent pour toutes les mesures concernant l'exploitation de l'Office : nomination de personnel, instances en justice, emploi de fonds (1).

Pour la même raison on qualifiera d'établissements publics décentralisé l'Office national du tourisme (2), les ports autonomes, les régies départementales ou communales de voies ferrées d'intérêt local, les régies communales de distribution d'énergie électrique.

D'autres fois, la création d'un nouvel établissement public visera à obtenir la collaboration d'un particulier à un service public de caractère social, artistique, économique, procédé auquel recourront les administrations dans les périodes de crise financière. L'on sait qu'un des buts des décrets pris en exécution de la loi du 3 août 1926 était d'élever un grand nombre de services publics au rang de personnes morales, mais sans que cet octroi de personnalité s'accompagnât de décentralisation ; si bien que le nouvel organisme restait soumis à la hiérarchie administrative et ne pouvait par conséquent défendre ses actes contre l'autorité de tutelle ainsi que peuvent le faire les agents des établissements publics décentralisés.

Voilà donc une variété nouvelle de services personnalisés dans laquelle les deux phénomènes : personnalité et décentralisation le plus souvent accolés ne coexistent pas. Il n'y aurait décentralisation que si les représentants de la personnalité morale possédaient des pouvoirs propres dans la gestion des services. Un bon exemple de cette sorte d'établissements publics est fourni par l'Office national

(1) Des réserves peuvent être faites sur la valeur du procédé juridique de l'office appliqué au service économique. L'histoire de l'Office de l'Azote en est une preuve. V. de FELS, *Un engrais étatique*, *Revue de Paris*, 1^{er} octobre 1928. La formule du budget annexe paraît mieux adaptée, v. P. T. T.

(2) Loi 24 septembre 1919, décret du 4 mai 1920.

des combustibles liquides (1) dont les pouvoirs sont très réduits en ce sens qu'il n'est appelé à statuer en principe que sur les questions qui lui sont soumises par le ministre.

§ 3. — *L'établissement d'utilité publique.*

Par opposition, l'établissement d'utilité publique — le Conseil d'Etat le reconnaît formellement (2) — demeure une institution privée mais qui, si elle n'est pas incorporée à l'administration, collabore néanmoins avec elle en raison de la conformité spontanée de son but aux fins que poursuit l'administration, et la reconnaissance d'utilité publique résultant d'un décret en Conseil d'Etat qui donnera à ces groupements privés une personnalité plus étendue, notamment celle de recevoir des dons et legs. Un contrôle de l'administration s'exercera sur ces établissements puisqu'ils collaborent aux services publics, contrôle qui — à la différence de la tutelle administrative — est établi moins dans l'intérêt de la personne morale que contre celle-ci dans l'intérêt du service qu'ils gèrent.

Voilà autant de traits qui la distinguent des simples personnes morales privées qui n'ont pas été reconnues comme les auxiliaires de l'administration : associations ou fondations privées (3).

Néanmoins, la majorité des auteurs classent les établissements d'utilité publique dans la catégorie des per-

(1) Loi du 10 janvier 1925, décret du 14 septembre 1925.

(2) Conseil d'Etat, 27 janvier 1911. LALÉCHÈRE, p. 115.

(3) Un arrêt de la Cour de cassation, 12 mai 1902. MOLINS, S. 1905.1.137, conclusions du Procureur général BAUDOUIN, indique cette distinction de la simple œuvre privée et de celle reconnue d'utilité publique. Il admet la validité d'une affectation de biens faite par testament à un but d'utilité générale, dans l'espèce la charge imposée à des légataires universels de fonder un hospice pour vieillards, ces charges, dit la Cour, tendant « simplement à organiser une œuvre de bienfaisance licite, en cela susceptible de devenir un établissement d'utilité publique, mais qui tant qu'elle n'aura pas été reconnue comme telle subsistera comme institution privée suivant les règles du droit commun.

sonnes de droit privé, rompant en cela — nous le savons — avec la tradition suivant laquelle la personnalité n'était accordée que si l'établissement s'inscrivait de quelque manière dans l'administration par son but d'utilité publique c'est-à-dire constituait une personne morale de droit public.

Les établissements d'utilité publique sont donc des « personnes privées distinctes du service public ». Ils demeurent « régis par leurs statuts sur lesquels ne peuvent rétroagir les modifications apportées aux services publics dont ils sont l'auxiliaire privé et indépendant » (1).

Institution privée, l'établissement d'utilité publique ne possédera donc en principe aucun des droits de puissance publique qu'entraîne la notion de service public : ses travaux ne sont pas des travaux publics, ses agents ne sont pas des fonctionnaires, ses deniers ne sont pas soumis aux règles de la comptabilité publique, ses dettes ne sont pas soustraites aux voies d'exécution du droit commun ni ses actes critiquables par la voie du recours pour excès de pouvoir ; les litiges dans lesquels il est impliqué sont de la compétence judiciaire.

Le Conseil d'Etat a jugé que les difficultés auxquelles donne lieu l'interprétation des statuts relèvent des tribunaux judiciaires, et se déclare incompétent sur un recours dirigé contre l'arrêté d'un préfet qui remplace les membres d'une commission administrative nommée par lui conformément aux statuts ; la jurisprudence de la Cour de cassation est concordante (2). Le Conseil d'Etat se déclare également incompétent pour connaître d'une demande d'indemnité formée contre un asile reconnu d'utilité publique par un ancien pensionnaire en raison de son renvoi (3). Les actes du conseil d'administration de ces

(1) Conclusions ROMIEU sous Conseil d'Etat, 22 mai 1903, *Caisse des Ecoles du 6^e arrondissement*, p. 395.

(2) Conseil d'Etat, 27 janvier 1911, LALÉCHÈRE, p. 115 ; Cassation civ., 30 avril 1913. S. 1917.1.41, note NAQUET.

(3) 31 mai 1913, Demoiselle PICHOT, p. 605.

établissements ne sont pas susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat (1).

Mais ces établissements, pour être soumis au droit privé, n'en diffèrent pas moins des simples groupements que connaît ce droit : ils collaborent néanmoins avec l'administration, ils sont ses « auxiliaires », ainsi que l'écrit M. ROMIEU (2). C'est à ce titre que la notion d'utilité publique va « qualifier » leur personnalité.

Tout d'abord, nous savons qu'il leur faut la reconnaissance d'utilité publique. En second lieu, la faveur que leur témoigne l'administration en raison du but qu'ils poursuivent entraîne en contre-partie un contrôle administratif qui les rapproche du régime des établissements publics ou parfois même les y assimile. Citons, par exemple, le contrôle de l'inspection générale des finances, le dépôt obligatoire des fonds à la Caisse des dépôts et consignations pour les caisses d'épargne privées qui sont classées cependant parmi les établissements d'utilité publique (3). Lorsqu'elle se fait moins serrée, la tutelle administrative se marque toujours par des obligations diverses : nécessité d'une autorisation par arrêté préfectoral ou décret en Conseil d'Etat pour accepter des libéralités (4), droit pour ces établissements de n'acquérir d'autres immeubles que ceux rendus nécessaires par leur spécialité, obligation de placer toutes leurs valeurs mobilières en titres au porteur. D'autres fois, le lien de rattachement à la puissance publique ne se manifestera que par la présence de statuts-type élaborés par l'administration et soumettant les groupements à des surveillances diverses, statuts qui devront être acceptés dans leurs principales

(1) Conseil d'Etat, 28 juin 1912, COUTTON, D. P. 15.3.33 s'agissant de Caisses d'épargne.

(2) Conclusions sous l'arrêt Caisse des Ecoles. Voir dans le même sens : ROLLAND, *Précis*, n° 42 ; JÈZE, t. II, p. 180.

(3) Voir ROLLAND, *Précis*, n° 28.

(4) Article 901 du Code civil et article 5 de la loi du 4 février 1901.

dispositions par les établissements candidats à la reconnaissance d'utilité publique (1).

C'est pour toutes ces raisons qu'il nous semble impossible de ne voir dans les établissements d'utilité publique que des organismes purement privés comme le fait M. MICHOD.

§ 4. — *Les établissements de caractère mixte.*

La personnalité de droit public n'est pas faite, en effet, d'une catégorie unique de personnes morales revêtant toutes un gabarit juridique identique. La réalité est beaucoup plus nuancée.

On distingue sans doute une catégorie qui présente les caractères plus accusés de puissance publique : c'est la catégorie des services publics individualisés, autrement dit celle des établissements publics. Au-dessous, dans le bloc que l'on qualifie d'établissements d'utilité publique, on distingue aisément des organismes qui s'approchent plus ou moins près, nous l'avons noté, de la première catégorie, en proportion de la tutelle qui pèse sur eux. A l'intersection de la classe des établissements publics et de celle des établissements d'utilité publique on peut observer une zone indécise où se placent des organismes qui tiennent à la vie privée par leur origine, et par conséquent tirent vers les établissements d'utilité publique, et sont néanmoins impressionnés par l'idée de puissance publique dans leurs règles de fonctionnement. C'est le domaine de ce que M. HAURIU a appelé : « les établissements à allure

(1) Un décret du 16 août 1901 a été rendu à ce sujet pour les associations de la loi de 1901. Ses statuts contiennent : 4° « l'engagement de faire connaître dans les trois mois à la préfecture ou à la sous-préfecture tous les changements survenus dans la direction et de présenter sans déplacement les registres et pièces de comptabilité sur toute réquisition du préfet à lui-même ou à son délégué » ; 6° « les prix minimum des rétributions qui seront perçues à un titre quelconque dans les établissements de l'association. »

mixte » (1). Nés de la collaboration des pouvoirs publics et de l'initiative privée, ils sont issus en quelque sorte du reflux de la notion de service public. L'Etat, note HAURIU, après avoir voulu monopoliser la satisfaction des intérêts spéciaux présentant un intérêt général, mais désespérant d'épuiser sa tâche, en vient à laisser l'initiative privée travailler elle-même à l'utilité publique .

Dans cette catégorie intermédiaire, le doyen HAURIU inscrit les Caisses d'épargne privées, soumises — nous l'avons dit — à une tutelle étroite, et qui sont cependant des établissements d'utilité publique (2), les monts de piété (3), les associations syndicales (4), les chambres de commerce, les consistoires protestants et israélites. Enfin, le savant doyen y rangerait volontiers les caisses des écoles que selon lui le Conseil d'Etat a eu tort de placer, comme si elles possédaient le maximum d'intensité de puissance publique, dans les établissements publics, en les qualifiant « établissements scolaires annexes » (5).

Les idées développées dans cette note sont pour nous une raison de plus de ranger les établissements d'utilité publique dans la catégorie des personnes morales de droit public, ainsi que le font, nous l'avons noté, MM. BERTHÉLEMY et JACQUELIN. Nous comprenons, en effet, par cette expression qu'un cadre suffisamment vaste doit englober toutes les variétés que nous avons discernées et où *l'intérêt général apporte des éléments de droit public indéniables sur*

(1) Note HAURIU sous l'arrêt 22 mai 1903, Caisse des écoles, S. 1905. 3.33.

(2) Cassation, 5 mars 1856. S. 1856.1.517 ; Cassation, 7 décembre 1883. S. 1884.1.300.

(3) V. *Répertoire général du droit français*, v^o *Monts de piété*, n^{os} 4 et 194. Ils ont été considérés longtemps comme des établissements publics, tantôt comme des établissements d'utilité publique. V. PLYTAS, *Nature juridique des monts de piété. Revue générale d'administration*, 1902.2, p. 7. Le Conseil d'Etat dans l'arrêt BRINCAT, précité, les a placés dans les établissements publics.

(4) Note HAURIU sous Syndicat du canal de Gignac, S. 1900.3.49.

(5) Arrêt Caisse des écoles précité.

un fond juridique de droit privé. C'est une exigence à nos yeux de la séparation si bien mise en lumière par M. HAURIOU lui-même de la vie privée et de la vie administrative.

Nous ne pensons donc pas avec M. MICHOUX que le passage entre le droit privé et le droit public s'observe entre les établissements d'utilité publique et les établissements publics (1). Pour nous, la transition s'opère en deça des établissements d'utilité publique qui déjà avec des intensités variables rentrent dans le cycle des personnes morales de droit public.

SECTION IV.

La notion d'utilité publique, criterium jurisprudentiel de la distinction des établissements publics et d'utilité publique.

§ 1. — *Méthode à appliquer.*

En règle générale, c'est à l'occasion des contestations survenues au sujet de l'application des statuts des établissements d'utilité publique que s'est posée pour le juge, soit judiciaire soit administratif, la question de savoir s'il se trouvait en face d'un établissement public ou d'un établissement d'utilité publique. La Cour de cassation se livrera à cette recherche si l'établissement en litige veut se prévaloir du bénéfice de l'article 2121 du Code civil, c'est-à-dire prétend posséder une hypothèque légale sur les biens de son comptable (2). De même elle décide que les statuts de la Société des gens de lettres et le régime intérieur rédigé en exécution de ceux-ci constituent des « conven-

(1) T. I, p. 231.

(2) Cassation req., 5 mars 1856. S. 56.1.317.

tions privées » réglant les rapports des sociétaires avec la société ou avec les tiers, et que l'approbation des statuts par le gouvernement, n'avait pas pour conséquence de donner à ceux-ci le caractère d'actes administratifs (1).

L'intérêt de cette recherche du critérium de l'établissement public et d'utilité publique est qu'elle équivaut à celle plus générale qui consiste à examiner si l'Etat a entendu satisfaire tel besoin d'intérêt général par le procédé technique du service public. Or, il n'est pas de question plus complexe mais aussi de plus décisive pour la délimitation du droit privé et du droit public : l'un caractérisé par le principe de l'autonomie de la volonté, l'autre par celui de l'impératif de la puissance publique.

Aucun texte, aucune règle fixe, ne permettent de trancher le débat. Force était donc à l'interprète ou au juge d'examiner avec soin les divers attributs juridiques qui caractériseront l'établissement considéré.

C'est de la réunion d'un grand nombre de ces « circonstances », explique M. JÈZE (2) que résultera la conviction que l'espèce étudiée présente ou non une situation de droit public.

Le juge examinera si des mesures spéciales de puissance publique, taxes, contraintes diverses imposées à la libre activité des individus, annoncent un abandon des procédés de contracter du droit privé.

M. CORNEILLE dans ses conclusions sous l'affaire *ASTRUC* (3) explique que l'on s'attachera « aux mesures prises par l'autorité chargée des intérêts collectifs en cause pour assurer la création du service... pour en réglementer le fonctionnement ». « La découverte d'un monopole, de

(1) Cassation civ., 30 avril 1913, Société des Gens de Lettres, S. 17.1.41, note NAQUET. Il s'agissait de savoir quels étaient les effets d'un traité passé entre une Société d'Editions et un membre de la Société des Gens de Lettres pour la reproduction d'un roman, litige qui impliquait l'interprétation des statuts.

(2) *Les principes généraux du droit administratif*. T. II, p. 20.

(3) Conseil d'Etat, 7 avril 1916, p. 164.

charges pesant sur les usagers », la présence d'un cahier des charges, voilà — poursuit-il — autant d'idées qui révèlent la volonté de l'administration d'user du procédé du service public. »

C'est encore à l'examen des « circonstances » qu'aura recours le Conseil d'Etat pour décider si tel groupement constitue un établissement public ou un établissement d'utilité publique et on devine que la tâche sera souvent mal aisée en raison des nuances insensibles qui affectent nous le savons, la personnalité morale de droit public.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion, dans des affaires très étudiées par les commissaires du gouvernement, de rechercher les indices qui lui permettront d'asseoir une distinction. Nous voulons parler des deux arrêts célèbres *Caisse des Ecoles du VI^e Arrondissement* du 22 mai 1903 (1) et *Demoiselle Pichot contre Asile National de la Providence* du 21 juin 1912 (2).

§ 2. — *Affaire de la Caisse des écoles du VI^e arrondissement.*

La première de ces affaires fut provoquée par un arrêté du préfet de la Seine annulant une délibération du comité d'administration de la caisse des écoles tendant à faire distribuer des secours en nature aux élèves pauvres des écoles primaires privées.

Cette initiative mettait en jeu le principe de la spécialité : le groupement en exécutant la délibération incriminée n'avait-il pas franchi le but de son institution ? Or, la condition du principe de la spécialité est indissolublement lié au caractère du groupement envisagé. Est-il un groupement de droit public soumis à la tutelle administrative et dont l'activité affecte directement la gestion d'un ser-

(1) S. 1905.3.33.

(2) 21 juin 1912, *Demoiselle Pichot*, p. 720.

vice public, des règles précises sont posées dans l'intérêt même du bon fonctionnement de ceux-ci afin que l'activité de ces groupements se déploie côte à côte dans la ligne de leurs missions respectives, sans empiéter sur le domaine l'un de l'autre. C'est ainsi que la tutelle administrative veillera à ce que les départements ou les communes ne s'occupent que des services d'intérêts locaux ; c'est ainsi que les établissements publics intégrés à l'administration verront également leur spécialité fixée administrativement. S'agit-il, au contraire, de groupements privés collaborant à l'administration —, établissements d'utilité publique, — la liberté de leur compétence est la règle, comme conséquence logique de l'absence d'élément de service public, et bien que la reconnaissance d'utilité publique s'accompagne de certaines restrictions, par exemple de la nécessité d'un nouveau décret en Conseil d'Etat s'ils veulent modifier leur activité. Quant aux simples personnes morales privées, la liberté est, peut-on dire, totale pour elles (1) pourvu qu'elles se conforment aux lois.

Le Conseil d'Etat, adoptant les conclusions de M. le commissaire du gouvernement ROMIEU, voit dans les caisses des écoles des établissements publics, « des établissements scolaires annexes » qui à ce titre ne peuvent concourir qu'au service de l'enseignement primaire public, quelles que soient les dispositions inscrites dans leurs statuts.

L'argumentation de M. ROMIEU consiste à dégager, en s'appuyant sur l'histoire, le caractère croissant de service public qu'a revêtu l'enseignement primaire en France. Sous le régime de la loi de 1850 et de la loi du 10 avril 1867 l'initiative privée joue un rôle considérable. L'école privée non seulement collabore au service public, mais

(1) Le but peut le plus souvent être modifié moyennant la seule condition de publicité, art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

peut même le remplacer. C'est ainsi que les communes, aux termes de l'article 36 de la loi de 1850, peuvent échapper à l'obligation d'avoir une école publique si elles pourvoient à l'enseignement gratuit des enfants pauvres dans les écoles privées. Etant donné l'esprit de ce régime de collaboration entre l'initiative privée et l'Etat lorsque furent créées par la loi de 1867 les caisses des écoles dans le but de développer l'enseignement sous l'égide de DURUY, il était logique que les fonds de ces caisses puissent alimenter l'école privée comme l'école publique. Les lois de 1881 et de 1882 en proclamant les principes de la gratuité et de l'obligation scolaire n'ont pas modifié les traits fondamentaux du régime qui subsista jusqu'en 1886. Le système de la loi du 30 octobre 1886 laisse les écoles privées libres de donner l'enseignement primaire à côté des écoles publiques, mais elles ne comportent plus cette classe intermédiaire des écoles privées « tenant lieu d'écoles publiques » prévues dans la législation antérieure (1).

L'enseignement public est donc assuré exclusivement par le concours de l'Etat et des collectivités décentralisées, depuis la loi du 19 juillet 1889 il est érigé en service public de l'Etat.

L'intensité croissante de l'idée de service public a pour effet, montre M. ROMIEU, de restreindre la vocation scolaire dans la commune à l'école publique, mais cette restriction de la compétence de la personnalité morale de la commune laisse subsister sa « vocation charitable générale ». Le problème se localise donc sur ce point spécial : la caisse des écoles a-t-elle une mission charitable et partant ses fonds peuvent-ils être orientés par la commune librement, soit vers l'école publique, soit vers l'école privée ?

Sans doute, explique M. ROMIEU, la compétence cha-

(1) Les deux premiers titres de la loi du 15 mars 1850 et de celle de 1867 sont abrogés.

ritable de la commune reste intacte, mais encore faut-il que son activité vise manifestement un but de charité, et il cite à l'appui de cette affirmation des avis et des arrêts du Conseil d'Etat décidant que les communes peuvent sans violer la loi de 1886, accorder aux enfants des écoles privées des secours ayant un caractère de bienfaisance (1). Or, la Caisse des Ecoles n'a pas un caractère de bienfaisance ; sa création a répondu au désir d'encourager la fréquentation des écoles ; il s'ensuit que sa spécialité est essentiellement scolaire.

L'obstacle qui était tiré du caractère non limité de la personnalité morale de la commune écarté, l'emprise de la notion de service public sur la législation de l'enseignement reprenait sa force. La caisse des écoles n'est plus, dira le Conseil d'Etat, qu'un établissement scolaire annexe.

La question se posait de savoir alors si les caisses fondées antérieurement à 1886 allaient être soumises à la loi nouvelle par le seul fait du remaniement de la législation de l'enseignement.

La réponse dépendait de la question qui nous intéresse directement ici, de savoir si les caisses des écoles constituaient avant 1886 des établissements publics ou des établissements d'utilité publique. Dans le premier cas, participant au fonctionnement du service public comme partie intégrante de l'administration, toute modification survenant dans l'agencement du service réagissait *de plano* sur leur organisation particulière. Dans l'autre hypothèse, au contraire, ces caisses restaient des personnes privées que ces changements n'affectaient pas ; elles continuaient comme par le passé à être régies par les règles inscrites dans leurs statuts avant la loi nouvelle.

La réponse de M. ROMIEU, préparée par le raccourci de notre histoire de l'enseignement primaire qu'il vient de

(1) « Les distributions de secours » dit l'arrêt du Conseil d'Etat, « ne sont que le moyen d'assurer la fréquentation de l'école, but unique de leur institution ».

tracer est nette. Les caisses des écoles sont des établissements publics. La notion de service public renfermée dans la loi de 1886, commande pour lui cette solution. Et M. ROMIEU se livre à une fine analyse des « conditions très diverses » dans lesquelles peut se présenter le service public.

On rencontrera, par exemple, des services publics fonctionnant à l'aide de ressources d'origines variées qui tantôt présenteront le caractère juridique de la taxe, tantôt celui de la subvention, tantôt ne seront que de simples cotisations volontaires. Les uns seront dotés de l'individualité financière et les autres non, et le commissaire du gouvernement cite les sections de commune et les pauvres de la commune. Les uns posséderont un système de coercition défini par la loi et les autres non, telles les chambres de commerce. Des services publics enfin présenteront une indépendance plus ou moins large vis-à-vis de l'administration : il cite les caisses de secours des prêtres âgés et infirmes.

« Il y a donc, conclut M. ROMIEU un grand nombre de critères pour reconnaître un établissement public ; il n'est pas nécessaire qu'ils se trouvent tous réunis ».

D'ailleurs, ajoutons qu'on peut même dire que de tel trait d'organisation relevé comme un indice de rattachement à l'administration, il peut être téméraire de conclure au caractère d'établissement public. C'est ainsi que des établissements présentant un intérêt général indéniable, comme les sociétés de secours mutuels, par exemple, et soumis à une réglementation sévère, alimentés par des secours d'Etat, sont rangés parmi les établissements d'utilité publique parce qu'ils doivent leur origine à l'initiative privée et sont dotés d'une administration indépendante.

C'est donc, en définitive, à l'origine de l'établissement que M. ROMIEU déclare s'attacher pour découvrir son caractère intime ; il y a établissement public si l'initiative vient de l'administration, établissement d'utilité publique si elle vient des particuliers. Les caisses des écoles appar-

tiennent donc à la première catégorie puisqu'elles ont été créées par une loi, la loi du 10 avril 1867.

Des procédés d'investigation de M. ROMIEU dans cette affaire, il résulte qu'il n'y a pas de méthode *directe* pour discerner les deux catégories d'établissements. C'est donc à une marche oblique qu'il faut se livrer, dont ses conclusions nous montrent la piste : c'est en recherchant si l'élément déterminant d'établissement public — l'élément service public, — se révèle dans les règles d'organisation de la personne morale soumise à examen, — et ses conclusions nous avertissent sur la prudence à déployer dans cette investigation, — qu'indirectement on dépistera l'établissement public. De la présence de cet élément on conclura au caractère de la personne morale.

C'est à un critérium analogue que se référerait l'arrêt du Tribunal des Conflits dans l'affaire Syndicat du Canal de Gignac, lorsqu'il relevait les droits de puissance publique qu'exerçait l'association syndicale comme des preuves de sa personnalité juridique (1).

La thèse de M. ROMIEU se ramène ainsi, selon l'expression du doyen HAURIOU dans sa note au Sirey, à celle de la « transcendance du service public ». « Les souscripteurs des caisses des écoles prennent, dans les conclusions du commissaire du gouvernement, dit HAURIOU, figure de co-contractants dans un contrat administratif ». Il s'agit d'une souscription en faveur d'un service public, opéra-

(1) Tribunal des Conflits, 9 décembre 1899, p. 731 : « par l'assimilation des taxes de ces associations aux contributions directes, par les pouvoirs attribués aux préfets d'inscrire d'office au budget les dépenses obligatoires, les dites associations présentent les caractères essentiels d'établissements publics vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur les particuliers ; que c'était au Préfet seul qu'il appartenait, en vertu des articles 58 et 61 du règlement d'administration publique du 9 mars 1894, de prescrire les mesures nécessaires pour assurer le paiement de la somme due aux consorts D..., que le jugement du ... qui les a déclarés créanciers de l'Association syndicale du Canal de Gignac ne pouvait relever que de l'autorité administrative ».

tion qui n'est pas sans rappeler l'offre de concours, et le savant annotateur de regretter que l'élément association fût éliminé de cette institution au profit de l'élément antagoniste de service public. Deux autres arrêts de la même date enlèvent, en effet, aux souscripteurs toute action de droit privé sur le fonctionnement de la caisse, l'un en leur refusant qualité pour former un recours contre les décisions de l'autorité supérieure annulant une délibération du comité, l'autre en se refusant à reconnaître l'existence d'un recours contre les nominations d'administrateurs. « Exemple de manie logique », dit HAURIU, qui déplore la disparition avec cette jurisprudence d'un échantillon de ces « établissements mixtes » où l'administration, adoucissant ses procédés d'agir « s'abaisse au niveau des procédés et des préoccupations de la vie privée » (1).

Retenons, quoiqu'il en soit, que la jurisprudence du Conseil d'Etat recherche dans la notion de service public le critérium *indirect* de l'établissement public, c'est-à-dire que la *notion d'utilité publique* — dont celle de service public n'est que la systématisation appliquée à une étude concrète et coordonnée d'actions administratives — a pour rôle de permettre le dosage de la personnalité morale de droit public.

§ 3. — Affaire D^{lle} Pichot

Nous allons voir maintenant que la décroissance de l'idée de service public — par conséquent de la notion d'utilité publique — va permettre de reconnaître l'établissement d'utilité publique. Il s'agit de l'arrêt D^{lle} PICHOT du 21 juin 1912.

La D^{lle} PICHOT est renvoyée de l'Asile de la Providence à la suite de discussions qu'elle avait eues avec le person-

(1) HAURIU cite les associations syndicales de propriétaires comme un de ces exemples où l'élément service public n'a pas détruit entièrement l'élément association.

nel de l'établissement. Elle assigne le représentant de l'asile devant le juge de paix pour préjudice pécuniaire à elle causé par ce brusque renvoi : frais de déménagement, perte de son prix de pension. C'est alors que l'asile soulève une exception d'incompétence en soutenant que l'établissement n'est pas un établissement privé mais un établissement public, d'où il résulte que le renvoi constitue un acte administratif qui doit être soustrait, en raison de la séparation des autorités, à la compétence judiciaire. Le juge de paix ayant accueilli favorablement cette exception, appel de son jugement est formé par la demoiselle PICHOT devant le tribunal civil de la Seine qui la déboute, reconnaissant dans les règles d'organisation de l'asile — intervention du ministre dans l'administration, soumission à la Cour des Comptes de sa comptabilité — autant de règles exorbitantes du droit privé et révélatrices du service public. Enfin, la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation rejette un pourvoi de la plaignante en vertu des mêmes principes.

C'est alors que la demoiselle PICHOT, après des hésitations d'ailleurs, se décide à suivre la voie de la juridiction administrative et s'adresse au Conseil d'Etat. Celui-ci est donc appelé à rechercher un critérium capable de distinguer les deux classes d'établissements. Pour ce, le commissaire du gouvernement M. BLUM se livra à une critique serrée des éléments contradictoires de la cause, difficultés, explique-t-il, qui viennent du dualisme qui s'observe dans l'ensemble de l'organisation de l'asile. Il a pour origine une fondation privée datant du premier Empire, alimentée par les ressources personnelles des fondateurs, jointe à celle d'une association privée. Il relève donc du droit privé et ses règles de fonctionnement se caractérisent, au contraire, par un droit de regard de la puissance publique qui est la contre-partie d'une reconnaissance d'utilité publique dont-il a bénéficié sous la Restauration.

C'est pour le caractère d'établissement d'utilité publique

que le commissaire du gouvernement et à sa suite le Conseil d'Etat se prononce, adoptant la méthode de recherche *indirecte* étayée sur la notion de service public.

De l'absence de l'élément service public on conclut au caractère privé de l'établissement. « Il n'est pas une fondation publique, écrit M. BLUM dans ses conclusions ; il n'a pas de par la loi délégation pour *remplir un service public* » ; puis, recherchant si les règles de son fonctionnement constituent ou non un régime de droit public, il continue : « il n'exerce, comme le font, par exemple, les associations syndicales, aucun droit de puissance publique ; il ne reçoit pas de taxes, il ne perçoit à son profit aucun péage ; enfin il n'est pas alimenté par des deniers publics ». De même, cet asile a conservé intact son statut spécial à la façon des établissements d'utilité publique qui restent perpétuellement réglementés par leurs statuts alors que les établissements publics, nous le savons, « demeurent vis-à-vis de la loi qui les crée dans un état de constante dépendance ». Ce raisonnement conduit le commissaire du gouvernement à écarter comme indices de l'établissement public les critères, ou plutôt les « circonstances diverses » — pour reprendre le langage de M. ROMIEU — qui peuvent affecter l'établissement en litige. Le fait que le régime intérieur de celui-ci doit être approuvé par l'administration — les caisses d'épargne ordinaires et les sociétés de secours mutuels doivent soumettre à l'approbation leurs statuts et cependant ces groupements sont des établissements d'utilité publique —, la nécessité d'une approbation pour certains actes, la nomination de certains administrateurs (1), le contrôle de l'inspection générale des Finances ou même de la Cour des comptes sur la comptabilité, ne sont pas pour le Conseil d'Etat des indices qui révèlent un établissement public. « La délégation pour remplir un service public » qui doit se marquer dans

(1) Article 10 de l'ordonnance portant reconnaissance d'utilité publique du 24 décembre 1917.

l'origine de l'établissement, est seule retenue, comme dans l'affaire de la Caisse des Ecoles, comme véritable critérium de la distinction des deux catégories de personnes morales. « Que si une ordonnance du 24 décembre 1817 a approuvé l'établissement, elle a eu uniquement pour but d'assurer la perpétuité de cette fondation et de lui conférer une existence légale ; que l'ordonnance précitée prévoit, il est vrai, l'intervention de l'administration supérieure dans le fonctionnement de l'asile et dans la désignation de certains fonctionnaires, mais... que l'ordonnance... en imposant dans l'intérêt public certaines obligations comme conditions de la reconnaissance, *n'a pas modifié le caractère privé que l'établissement tenait de son origine* et ne permet pas de le comprendre au nombre des établissements publics ». Dès lors, les contestations nées entre l'asile et ses pensionnaires ne sont pas du ressort de la juridiction administrative. Le Tribunal des conflits, dans sa décision du 31 mai 1913 (demoiselle PICHOT), reproduit la même formule (1).

La délégation du législateur pour « remplir un service public » voilà bien encore le critérium appliqué par le Conseil d'Etat dans l'arrêt BRINCAT (2) pour décider que les monts de piété sont des établissements publics (3). Le Conseil d'Etat relève, en effet, l'origine légale des monts de piété (loi du 24 juin 1851) la présence à leur profit d'un monopole, leur mode d'institution dans le territoire par décret, par arrêté ministériel ou préfectoral.

(1) *Rec.*, p. 605

(2) Conseil d'Etat, 20 juin 1919, BRINCAT, *Rec.* p. 355.

(3) En sens contraire : DUGUIT, *R. D. P.*, 1911, p. 556.

Conclusion.

Ainsi, l'absence d'élément de service public et d'initiative « étatique », son corollaire, — traduisons la décroissance de la notion d'utilité publique — est l'indice de la décroissance de la personnalité morale.

Un des intérêts des problèmes que suscite la question de la personnalité morale est de placer l'interprète à l'intersection du droit privé et du droit public, dans cette zone mixte où les caractères se mélangent et exigent, pour qui veut les discerner, l'usage d'une technique appropriée, et c'est le propre de la notion d'utilité publique de réussir dans cette tâche, grâce à la souplesse qui lui vaut la richesse de son contenu à la fois juridique, économique et historique, là où échouerait une notion simple, strictement juridique, par exemple.

A nos yeux, dans cette étude cette notion a prouvé sa mission organisatrice du droit. Elle nous a montré la marque du droit public dans le fondement de la personnalité morale à côté de l'élément de droit privé que nous étions seul accoutumés à considérer. Elle a permis aussi de nuancer comme il convenait ce délicat problème — problème de droit public là où il est d'abord un problème de droit privé, — nous visons l'origine de la personnalité morale, — problème de droit privé là où il est semble-t-il surtout un problème de droit public — qu'il suffise de rappeler les subtiles expérimentations de critères auxquelles se sont livrés les commissaires du gouvernement afin de distinguer l'établissement public et l'établissement d'utilité publique.

Pour opérer la synthèse d'éléments hétérogènes, il fallait une notion qui pour dominer n'éliminât pas ce qu'elle ne parvenait à embrasser ; la notion d'utilité publique étudiée dans le problème de la personnalité morale révèle une des caractéristiques de ses aptitudes.

CHAPITRE II

LA NOTION D'AFFECTION A L'UTILITÉ PUBLIQUE ET LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

Une des formes caractéristiques de la notion d'utilité publique est celle d'affectation. Nous le pressentions déjà à la fin de l'étude précédente, mais c'est dans le domaine des choses, dans la théorie du domaine public et dans celle des travaux publics que cet aspect va apparaître avec toute sa valeur, le domaine public formant le plus souvent le soubassement sur lequel s'édifieront les ouvrages publics.

Il est dans la nature des choses que certains biens soient domaniaux ; l'utilité publique, soit politique, soit économique, l'exige.

« Certaines choses, lit-on dans le Traité du domaine de GAUDRY (1) sont, par la disposition même de la nature ou par les travaux des hommes vivant en société, consacrées à des usages publics, ou du moins tellement indispensables à l'existence de la société, que tout homme y possède un droit inaliénable ».

Il n'est pas dans notre dessein d'étudier dans son ensemble le problème de la domanialité. Nous nous borne-

(1) Edition de 1862, t. I, p. p. 75.

rons seulement à rechercher quelle part est faite depuis la codification napoléonienne, à l'idée d'affectation tant en doctrine qu'en jurisprudence.

SECTION I

Le travail de la doctrine sur la notion d'affectation.

On ne cherchera pas dans nos anciens auteurs publicistes ou civilistes des études sur l'affectation en tant que notion indépendante jouant un rôle propre avec des règles juridiques spéciales.

C'est incidemment, au cours des longs débats sur la notion même de domanialité publique, qui s'ouvrent dès la promulgation du Code civil et se prolongent jusqu'à notre époque, que s'est trouvée précisée, souvent très tôt, la valeur de l'élément affectation dans le domaine public.

Les rédacteurs du décret du 22 novembre-1^{er} décembre 1790 (1), pas plus que ceux du Code civil, pas plus que les premiers publicistes, n'ont compris la valeur de la notion d'affectation.

Le Code civil (2), dans ses articles 538-539-540-541, n'en donne qu'une énumération sans définir le domaine.

Ni BONNIN (3), ni CORMENIN (4), ni GERANDO (5) ne se

(1) M. PELLOUX dans sa thèse sur la *Notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, thèse Grenoble, 1932, p. 78, résume ainsi l'œuvre de l'Assemblée Nationale :

« Le législateur révolutionnaire a donné une nouvelle définition du domaine. » « Le domaine de la couronne est devenu le domaine national, ou encore le domaine public. » « Le législateur révolutionnaire a assigné un nouveau propriétaire au domaine. » « Le législateur révolutionnaire a remis le domaine dans le commerce. »

(2) V. *Etude des travaux préparatoires* dans PELLOUX, p. 83.

(3) *Principes d'administration publique*, 1812.

(4) *Questions de droit administratif*, 2^e édit., 1823.

(5) *Institutes du droit administratif* ou *Eléments du code administratif*, 1829-1830.

réfèrent dans leurs développements sur la domanialité à l'idée d'affectation.

Chose curieuse, ce sont les civilistes qui, étudiant le domaine en confrontant leurs observations avec la conception du droit de propriété telle qu'elle ressort du Code, qui vont les premiers dégager par contraste les rudiments de l'idée d'affectation.

PARDESSUS dès 1806 (1) écrira que les biens dont se compose le domaine public « sont consacrés à l'usage de tous et *au service général* » ; que l'Etat en est « le conservateur pour garantir leur *destination* ». TOULLIER (2) distingue des biens « naturellement consacrés à des usages publics » qui rentrent dans le commerce dès que cesse leur « destination ». DURANTON (3) insiste plus encore sur cette notion qui pour lui prime la nature du bien.

C'est chez PROUDHON (4), lui aussi professeur de « Code civil » que l'idée d'affectation prend son plus grand relief, bénéficiant de la célébrité du livre (5). C'est encore par une comparaison avec le droit de propriété privée du Code civil que PROUDHON va caractériser le régime juridique du domaine public. Il distingue trois sortes de domaines :

1^o « Le domaine de souveraineté, qui consiste dans la puissance souveraine établie pour gouverner l'Etat » ;

2^o « Le domaine public » qui a trait à l'administration des choses « *asservies à l'usage de tous* » ;

3^o Enfin « le domaine privé » qui est « domaine de profit », c'est-à-dire présente le caractère économique du droit de propriété.

(1) *Traité des servitudes*.

(2) *Droit civil français*, 1811.

(3) *Cours de droit français suivant le Code civil*, 2^e édit., 1828, t. IV, p. 151.

(4) *Traité du domaine public*, 1833, 5 volumes.

(5) Ses mérites sont, on le reconnaît maintenant, beaucoup moins réels que ses contemporains l'ont cru ; il a surtout mis à la mode l'expression « domaine public » et popularisé en 5 volumes des idées émises antérieurement, notamment par PARDESSUS. V. thèse PELLOUX, p. 111.

Le domaine public, lui, est improductif et essentiellement affecté (1). C'est un *domaine de protection* écrit PROUDHON (2) ; ses dépendances « n'appartiennent proprement à personne ». Il s'ensuit que « l'espèce de possesseur que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public ». L'Etat ne sera que le « mandataire du public ». Toutes ces formules proclament nettement l'idée qui semble toute moderne : le domaine public est un domaine affecté. L'affectation commande le but en vue duquel s'exercent les pouvoirs de l'administration sur les biens qui le composent.

PROUDHON introduit, nous semble-t-il cette conception nouvelle, conception de droit public au premier chef, que le pouvoir de l'Etat sur les choses d'utilité publique n'est pas un pouvoir illimité semblable au « dominium » sur les biens privés. Sa limite résulte des droits de l'ensemble du public, propriétaire anonyme, sorte « d'être moral et collectif » aux yeux de PROUDHON, qui ne laisse à l'Etat qu'un droit tirant sa nature du mandat et qui doit toujours s'exercer dans l'intérêt général. Et s'il refuse à l'Etat un droit de propriété sur le domaine, c'est non pas, ainsi qu'on l'a remarqué (3), parce que les biens domaniaux seraient, comme on le dira plus tard, insusceptibles par nature de propriété privée, mais afin qu'aucune propriété ne vienne dévier leur affectation.

Toute moderne encore est sa conception de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine. Il y voit deux conséquences de sa « consécration », et l'idée d'utilité publique est si forte chez lui qu'il va jusqu'à admettre que la règle d'imprescriptibilité peut cesser de s'appliquer sans désaffectation administrative préalable (4).

Quelle que soit la nouveauté des idées de PROUDHON, son

(1) PROUDHON emploie l'expression de « consécration civile ».

(2) T. I, n° 204.

(3) V. PELLOUX, p. 120.

(4) T. I, n° 218.

succès ne porta que sur la distinction du domaine public et du domaine de l'Etat (1) et sur son analyse du droit de propriété qu'il avait montré incompatible avec la destination du domaine, transformant le droit de propriété de l'Etat en un droit de police (2).

Après lui, l'immense majorité des auteurs cessa de considérer l'Etat comme propriétaire du domaine public. « L'idée de domanialité, dit l'un d'eux reflétant l'opinion générale, est radicalement exclusive du droit de propriété » (3), mais la valeur de l'idée proudhonienne d'affectation n'est pas comprise et elle devait rester, jusqu'à une date toute récente, obscurcie.

Bien mieux, une conception s'élabore qui ne range dans le domaine public que les biens présentant une certaine nature physique : elle est l'œuvre de DUCROCQ.

DUCROCQ, le seul auteur avec PROUDHON qui ait tenté une véritable construction sur le domaine, pose comme principe : « la première condition que doit présenter un immeuble domanial pour constituer une dépendance du domaine public, est *« d'être non susceptible de propriété privée par sa nature »* (4). Il faut en outre qu'il s'agisse de portions du territoire (5). Il suit de là que la deuxième

(1) On retrouve cette distinction chez FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*, 1834-1835, 1^{re} édit. ; GÉRANDO, 2^e édit., 1842, t. 2, p. 516 ; MACAREL et BOULATIGNIER, t. I, p. 39 ; chez DUFOUR, t. V, n^o 68 ; chez DUCROCQ, t. II, p. 75 ; AUCOC, t. II, p. 126 ; BATBIE, t. V, n^o 331 ; LAFERRIÈRE, p. 614 ; AUBRY et RAU, 4^e édit., t. II, § 170 et DEMOLOMBE, n^o 458 *bis*. Elle se retrouve aussi dans la loi du 16 juin 1851, titre I, art. 1^{er} sur la constitution de la propriété en Algérie.

(2) Voir PELLOUX, p. 132. Il renouait en cela la tradition de LOYSEAU et de DOMAT.

(3) DUCROCQ, t. IV, p. 89.

(4) DUCROCQ, *Droit administratif*, 7^e édit., t. IV, p. 95.

(5) DUCROCQ, t. IV, p. 87, n^{os} 1428 et suivants. Voir aussi *Revue critique*, 1865, p. 318-348. Il est suivi par AUCOC, t. II, n^o 494 ; BATBIE, t. V, n^o 337 ; AUBRY et RAU, 5^e édit., t. II, § 169, p. 55, 56, note 9. Déjà en 1824 DELVINCOURT émet une théorie analogue ; il range dans le domaine public les biens susceptibles d'appropriation privée sans que leur nature soit altérée. V. *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 146.

condition présentée par DUCROCQ, à savoir : affectation à l'usage direct du public, condition qui nous paraît contenir l'élément fécond, se trouve à peu près dénuée de portée puisque certains biens indiscutablement affectés à un but d'utilité publique ne pourront pas être rangés dans le domaine public pour une raison physique à cause de leur nature.

On démontre sans peine l'insuffisance d'une telle théorie. Tout d'abord, elle aurait l'inconvénient de laisser en dehors de la domanialité les bâtiments affectés aux services publics et les objets des collections précieuses parce qu'ils ne sont pas des portions du territoire (1). D'autre part, du point de vue rationnel, il est très délicat de dire qu'une chose échappe par sa nature à l'appropriation. Les progrès scientifiques ne nous ont-ils pas permis l'appropriation de l'énergie hydraulique ?

Par ailleurs, est-il si sûr que l'on ne rencontre pas dans les patrimoines privés des choses toutes semblables à celles qui par leur nature devraient seules figurer dans le domaine public ? M. WALINE en doute, et il a bien raison (2). Les embranchements miniers dit-il, n'ont-ils pas les mêmes caractères que les voies ferrées des grands réseaux ? Les collections d'art des particuliers ne sont-elles pas identiques à celles des musées nationaux ?

Les art. 538 et suivants du Code civil dont prétend faire état DUCROCQ ne sont pas non plus un appui pour sa théorie. Sans doute ces textes emploient l'expression « domaine public » mais cette formule est peut-on dire, indifférente. Loin de présenter le sens technique qu'elle aura dans l'œuvre de PROUDHON et plus encore dans le droit administratif actuel, elle n'indique nullement dans le langage du Code civil une catégorie juridique s'opposant à celle du domaine privé (3). Or, on ne peut prétendre que

(1) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 803.

(2) V. WALINE, *Les mutations domaniales*. Thèse Paris, 1925, p. 20.

(3) M. le doyen BERTHÉLEMY note que l'expression domaine public n'est

les dépendances du domaine privé soient insusceptibles par leur nature de propriété privée (1).

Nous concluons donc que la théorie du domaine public insusceptible de propriété privée par nature, loin d'apporter un critérium de la domanialité, revient, en définitive, à affirmer que certains biens doivent être rangés dans le domaine public en raison de l'utilité publique particulièrement intense qu'ils présentent : aspect politique ou économique de la notion d'utilité publique que nous connaissons bien, mais non pas aspect juridique au sens propre du mot.

Dans la doctrine moderne, c'est un point désormais acquis que la domanialité est tout entière dominée par l'idée d'affectation de certaines masses de biens à l'utilité publique, que tous les attributs de cette théorie s'expliquent par l'affectation, qu'enfin les droits qui naissent à des titres divers sur le domaine tirent de cette idée un aspect particulier par où ils se distinguent à la fois des situations de droit public ordinaire et des situations de droit privé. Aussi M. BERTHELÉMY dans les dernières éditions de son *Traité de droit administratif*, a soin de marquer l'importance de l'idée d'affectation en la matière.

Après avoir choisi comme « la plus juridique » (2) l'opinion de DUCROCQ, qui classe dans le domaine public les portions de territoires affectées à l'usage de tous et non susceptibles de propriété privée, M. BERTHELÉMY tente de justifier cette théorie sans s'attacher à l'interprétation de l'art. 538 du Code civil, en déterminant quels biens seront rangés dans le domaine public par le seul raisonnement (3). C'est ainsi qu'il classe dans le domaine public

pas prise dans le sens que nous lui donnons mais est employée comme « synonyme de domaine national ». *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^e édit., p. 477.

(1) V. WALINE, p. 22.

(2) *Traité*, 11^e éd., p. 475.

(3) « De quoi s'agit-il en somme ? Il s'agit de déterminer quelles parties du domaine public sont assez différentes des biens qui composent les patri-

les choses différentes de celles qui appartiennent aux particuliers et qui « sont à l'usage de tout le monde soit par leur nature, comme les fleuves, soit par une destination dont le caractère est de les dénaturer, comme les routes » (1).

Ainsi, le critère de la domanialité est bien cherché dans un élément physique, dans la nature du bien, mais un progrès capital est fait sur la théorie de DUCROCQ puisque M. BERTHÉLEMY admet que la destination de la chose — disons son affectation, élément juridique — pourra en changer la nature.

HAURIOU va plus loin. Pour lui toute la domanialité publique repose sur l'idée d'affectation des choses administratives à l'utilité publique (2). « Par dessus ce qu'il peut y avoir de destination naturelle dans la domanialité publique, le fait de l'intervention administrative qui se traduit par des reconnaissances ou des classements, établit un élément d'affectation qui relève de la volonté administrative et l'emporte sur l'élément de destination naturelle » (3).

Le doyen DUGUIT et M. JÈZE parlent d'une « affectation au service public » pesant sur toutes les dépendances du domaine (4), la notion de service public dominant pour ces auteurs tout le droit administratif.

M. ROLLAND classe dans le domaine public les biens « affectés directement et immédiatement soit à un service public, soit à l'usage public » (5). MM. COLIN et CAPITANT

moins particuliers pour qu'une réglementation spéciale leur soit nécessaire. », 11^e édit., p. 478.

(1) V. *Traité*, 9^e édit., p. 449 et 11^e édit., p. 479.

(2) V. 11^e édit., p. 646.

(3) *Ibid.*, p. 647.

(4) V. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 2^e édit., p. 326 ; V. JÈZE, *R. D. P.*, 1921, p. 364 ; *R. D. P.*, 1911, p. 307 ; 1910, p. 695.

Pour M. JÈZE, la condition d'affectation n'est pas suffisante pour qu'il y ait domanialité publique. Il faut encore que les biens « servent directement à un service public essentiel et encore à la condition que dans ce service essentiel la chose joue le rôle principal. » V. *R. D. P.*, 1911, p. 310. Comme M. BERTHÉLEMY, M. JÈZE refuse à l'administration la propriété du domaine public. V. *R. D. P.*, 1910, p. 697.

(5) *Précis*, n^o 501.

en font également la « source » de la domanialité (1). La législation, enfin, consacre cette doctrine. Citons, par exemple, un décret du 26 septembre 1902 relatif au domaine public à Madagascar.

Dans cette conception, qui repose sur l'idée d'affectation, il n'est plus besoin, pour qu'un bien soit englobé dans le domaine public, qu'il soit une portion du territoire français. Les bâtiments affectés au service public, par exemple les hôtels ministériels, les objets mobiliers classés tels que les collections des musées, seront domaniaux.

Du point de vue des règles juridiques inhérentes à la domanialité, des conséquences vont également s'ensuivre : les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine vont trouver dans cette notion leur raison d'être. « Au lieu d'être dictées par une sorte de nature physique des choses, elles prennent figure d'*institutions purement juridiques dictées par la nécessité de l'affectation des choses à l'utilité publique* » (2), ce qui revient à dire du point de vue qui nous occupe dans cette étude, que l'idée d'affectation et la notion d'utilité publique dont elle n'est qu'un aspect, s'élèvent au rang de technique juridique.

La règle de l'inaliénabilité frappant d'indisponibilité un bien domanial tant qu'il est affecté, a pour but de maintenir intact un patrimoine dont la destination est l'intérêt public. Quant à l'imprescriptibilité, elle représente « le point de vue du mètre carré » selon l'expression d'HAURIU : elle a pour rôle d'empêcher l'administration d'être dépossédée par surprise de parcelles du domaine affectées à l'intérêt général.

De la sorte, « toute la domanialité est dans l'inaliénabilité ; toute l'inaliénabilité est dans l'affectation » (3).

Quelle application la jurisprudence a-t-elle faite de l'idée

(1) V. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 5^e édit., p. 709.

(2) V. HAURIU, 11^e édit., p. 647.

(3) HAURIU, 12^e édit., p. 807.

d'affectation en matière domaniale ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

SECTION II.

L'affectation et la jurisprudence.

La jurisprudence tend à appliquer de plus en plus fréquemment la notion d'affectation. Cette notion technique permettra au juge de discerner la nature des parcelles en litige, il déclarera que tel terrain qui est affecté au service des chemins de fer n'est pas une dépendance du domaine public (1), ou pour décider si tel fait matériel constitue une contravention de grande voirie (2), ou bien encore lorsqu'il s'agira de statuer sur un recours contre le classement d'un chemin (3).

Nous étudierons plus spécialement la jurisprudence en matière de concessions de canaux à perpétuité, et la question dite des mutations domaniales.

§ 1. — *Les concessions de canaux à perpétuité.*

Voilà, pourrait-on dire, un exemple quelque peu archaïque. On sait, en effet, que la concession en droit administratif actuel se présente sous l'aspect d'une concession de service public qui par son caractère temporaire respecte l'idée de précarité si fondamentale dans les situations de droit public.

Les grands travaux qui sont entrepris au début du XIX^e siècle et l'évolution générale des idées touchant les droits de la puissance publique, vont délaissier les concessions

(1) V. C. E., 28 juin 1901, ROLAND GONZALES, p. 595.

(2) V. C. E., 10 juillet 1908, CHAPRON, p. 770.

(3) V. 24 juillet 1908, GARANGER, p. 807.

à perpétuité dont l'ancien régime avait largement usé (1).

Si nous choisissons cet exemple, vestige des anciennes concessions royales, pour étudier l'influence de la notion d'affectation, c'est que ces sortes de concessions nous ont paru particulièrement intéressantes en ce que de toutes les concessions elles se rapprochent le plus des situations du droit privé. Elles sont la représentation concrète de la concession considérée comme un droit de propriété civile, ainsi que l'entrevoyait COTELLE (2), type de la concession non évoluée. Là s'observe dans toute son acuité le conflit du droit privé et de la notion administrative d'affectation.

Lorsqu'à partir du xvi^e siècle, la monarchie ouvre l'ère des grands travaux, c'est au procédé le moins onéreux pour les finances royales, au procédé de la concession perpétuelle, que l'on a recours.

La concession faite à un particulier ou à une compagnie est faite en toute propriété. Le concessionnaire construira les ouvrages et en retour percevra des péages, tel est le procédé qui fut employé pour les premiers canaux.

Un des édits royaux les plus fameux par les litiges qui se sont greffés sur lui, l'Edit de 1666, concédant à RIQUET le Canal des Deux-Mers, portait : « Par ces présentes, créons et érigeons en plein fief avec toute justice haute, moyenne, basse et mixte, le dit canal... relevant le dit fief et ses dépendances immédiatement de notre couronne, sous la foi et l'hommage d'un louis d'or » (3).

Ces canaux ont soulevé les problèmes les plus délicats puisqu'ils avaient été concédés en toute propriété mais restaient soumis au droit de police de l'Etat comme les canaux concédés à titre temporaire ou même ceux qui depuis le xix^e siècle étaient construits par l'Etat à ses

(1) V. BLONDEAU, *La concession de service public*, 1933, p. 11.

(2) *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*. T. I, p. 303.

(3) V. PELLOUX, p. 253 et TASSOT, *Le rachat du canal du midi*, Thèse Toulouse, 1913.

frais. Déjà une résolution du conseil des Cinq-Cents (1) du 21 Vendémiaire an V les classait dans le domaine public, en raison de leur affectation « à l'usage du public » et déclarait que « ces concessions ne peuvent faire obstacle aux mesures à prendre pour leur conservation, sauf le droit des concessionnaires aux remboursements et indemnités ».

La Cour de cassation a eu à diverses reprises l'occasion de préciser les règles juridiques applicables. Dès 1829 (2), elle fixe dans ce problème la position qu'elle devait garder par la suite.

Pour la Cour de cassation, il s'agit de propriétés privées (3) mais grevées d'une affectation à l'usage du public. Propriété affectée, voilà la théorie qui ne fera que se développer en jurisprudence (4).

« Le Canal de Briare, déclare le Tribunal de Joigny en 1833, quoique appartenant à des particuliers, fait partie du domaine public puisqu'il a été creusé pour *l'utilité publique* (5) ». Et la Cour de cassation précise : « Attendu que les canaux de navigation et leurs dépendances établies en vertu de concessions faites par l'autorité publique sur des terrains appartenant à des tiers expropriés pour cause d'utilité générale, *lors même qu'ils ont été concédés à des particuliers, sont des voies publiques par destination perpétuelle...* que si un canal pris dans son ensemble et avec toutes ses dépendances peut être aliéné, chacune de ses parties considérée isolément est hors du commerce *parce que cette propriété doit être conservée intacte* ». Exemple

(1) V. PELLOUX, p. 253.

(2) V. 5 mars 1829. S. 1929.1.254.

(3) L'acte de concession était formel en ce sens, nous l'avons vu par l'Edit de 1666.

(4) Les auteurs anciens, avant même que les contours de la théorie de la domanialité publique soit précisés, se référaient à la notion d'affectation pour définir les portions concédées du domaine (V. PARDESSUS, 8^e édit., t. I, n^o 47).

(5) V. ce jugement et l'arrêt de cassation sous Cass. civ., 22 août 1837. S. 1837.1.852.

typique de la déformation que subit le droit de propriété au contact de la notion administrative d'affectation (1).

En 1909, cette question est posée par la Cour de cassation : une servitude de prise d'eau avait-elle pu être acquise par prescription sur une dépendance du canal du Midi ? La Cour dissocie nettement l'élément propriété de l'élément domanialité. A titre de propriété, le canal pouvait être grevé de droits réels de servitude par exemple ; mais « sous le rapport de la navigation », il était une « dépendance du domaine public » soumise à l'affectation. Par conséquent, les actes de disposition opérés sur cette propriété particulière perdent le caractère absolu qu'ils possèdent en droit civil. L'Etat aura toujours le pouvoir d'exiger la suppression des travaux qu'il jugerait nuisibles à l'usage public auquel l'ouvrage est affecté.

La jurisprudence du Conseil d'Etat répond également à l'idée que l'utilité publique du canal entraîne sa domanialité. Elle fait dériver, elle aussi, ses solutions de la notion d'affectation : « Considérant que les canaux d'Orléans et du Loing, quels que soient les termes dans lesquels la concession ait été faite à la compagnie requérante... *sont affectés à un service public et perpétuel de navigation à raison et par suite duquel ils ont le caractère de biens dépendant du domaine public* » (2).

Récemment, dans l'arrêt ESQUIROL, du 30 mars 1928 (3) il est dit : « Considérant que si le canal du Midi concédé antérieurement à la Révolution, avait avant son rachat par l'Etat le caractère d'une propriété privée, celle-ci était *grevée d'une affectation perpétuelle, au service de la navigation* (4), les héritiers RIQUET ont pu consentir valablement au profit des communautés d'habitants riveraines des

(1) V. dans le même sens : Cass. req., 7 novembre 1865. S. 1866.1.57.

(2) C. E., 22 mars 1851, *Rec.*, p. 200 ; V. C. E. statuant comme Tribunal des Conflits, 27 avril 1826, p. 4.

(3) D. P. 1929.3.13, note de M. MAYER.

(4) La similitude est frappante avec l'arrêt de cassation de 1909 rapporté ci-dessus.

droits de passage sur les francs-bords du canal, mais ceux-ci *doivent être « compatibles, dit l'arrêt, avec la destination publique du canal »*.

Du caractère double qui fait le propre de ces concessions — caractère de propriété privée d'une part, caractère de propriété affectée de l'autre — pourra résulter dans les litiges un partage de compétence. Ainsi que le remarque M. MAYER dans sa note (1), « reconnaître l'existence de droits privatifs sur les dépendances des ouvrages est une chose, mesurer l'étendue de l'exercice de ces droits, apprécier les conditions dans lesquelles les bénéficiaires des servitudes en peuvent user sans nuire à la navigation, en est une autre ». Dans le premier cas, la compétence sera judiciaire ; dans le second, s'agissant d'apprécier l'utilité publique, elle sera administrative. Un arrêt de cassation précise en ces termes le départ des compétences (2) : « Attendu que si l'autorité judiciaire est compétente pour reconnaître le droit d'un particulier à une servitude de passage constituée sur le chemin de halage d'un canal, elle ne saurait sans empiéter sur les pouvoirs de l'administration à qui est réservé le soin d'assurer la conservation du domaine public et l'usage auquel il est affecté, autoriser le particulier à exercer une servitude dans des conditions que l'administration juge incompatibles avec la destination du canal ».

Retenons de cette jurisprudence que sur un même bien pourront peser deux séries de droit : le droit de propriété du particulier, droit de nature privée, et le droit de l'administration, droit de police dans l'intérêt général, situation qui rappelle la vieille juxtaposition féodale du domaine éminent et du domaine utile.

(1) D. P. 1929.3.13.

(2) V. Cass., 19 mai 1926. D. 1929.1.28.

§ 2. — *Le problème des mutations domaniales.*

Les nécessités des services publics exigent fréquemment que des parcelles du domaine public communal ou départemental ou national, changent de propriétaire, c'est-à-dire passent dans le patrimoine d'une personne publique autre que la personne morale primitivement affectataire.

Pour la construction d'une voie ferrée, il sera nécessaire, par exemple, d'emprunter sur un espace plus ou moins long le tracé d'une route départementale. On peut imaginer encore telle ou telle construction d'ouvrage public, telle ou telle entreprise d'urbanisme, qui exige à la fois un changement d'affectation de la parcelle domaniale envisagée et un changement de la personne morale antérieurement propriétaire. C'est ce passage d'une portion du domaine public d'une personne administrative à une autre qui constitue la célèbre question des « mutations domaniales », connue encore sous le nom d'expropriation du domaine public.

Cette question ne nous intéresse que par la technique qui sert à résoudre le passage des parcelles d'un domaine public dans un autre et par l'emploi que les derniers arrêts du Conseil d'Etat ont fait dans ce but de la notion d'affectation.

Si les canaux ont donné depuis longtemps à la jurisprudence tant civile qu'administrative, bien avant même que fussent dégagés les traits essentiels de la domanialité publique, l'occasion de mettre en pratique la notion d'affectation, c'est qu'en cette matière l'affectation à l'utilité publique répondait traditionnellement à une utilité économique. Il est dans la nature des choses que certains biens aient une destination publique. La solution, en quelque sorte, sortait spontanément de cette considération.

Dans le problème des mutations domaniales, l'affectation se présente sous un angle plus proprement juridique.

Elle ne désigne plus une destination du domaine ; elle n'est plus seulement synonyme d'utilité publique : elle devient aux mains du juge une notion juridique permettant des combinaisons diverses répondant à des utilités locales, sur une masse de biens soumis à une utilité publique générale.

Ainsi s'explique-t-on que ce moyen nouveau de technique n'ait été adopté par le juge qu'à une date récente.

Les arrêts les plus anciens du Conseil d'Etat, datant de 1858, résolvent la question à l'aide non d'une *notion* mais d'une *procédure* en se référant à la jurisprudence déjà bien assise en matière de dommages causés par les travaux publics.

Ainsi, s'agit-il d'un chemin vicinal que le concessionnaire de chemin de fer a supprimé en raison du tracé de la ligne, le Conseil d'Etat statuant comme tribunal des Conflits décide que la commune n'est pas dépossédée, que c'est à tort qu'elle s'est adressée aux tribunaux, que seul était compétent le conseil de préfecture, juge des dommages résultant des travaux publics (1).

Pour que la mutation domaniale soit possible, une expropriation sera nécessaire, mais auparavant un acte administratif exprès : la désaffectation, devra constater que telle utilité publique a cessé.

Le Tribunal des Conflits a jugé, par exemple, que serait insuffisante à opérer le transfert de propriété, l'autorisation et la déclaration d'utilité publique, l'approbation des travaux, non plus que le commencement d'exécution de ceux-ci (2). Solution périlleuse pour l'intérêt général

(1) V. C. E., 1^{er} mai 1858, Compagnie du Midi c/ Commune de Pexiora, D. P. 1859.3.36.

(2) V. Trib. Confl., 28 janvier 1899, Ville de Périgueux, D. P. 1899.3.41, note de M. SARRUT ; V. sur l'interprétation de cet arrêt PELLOUX, p. 226 ; V. encore les conclusions du Commissaire du Gouvernement MARGUERIE, C. E., 21 novembre 1884, Fabrique de Saint-Nicolas-des-Champs, p. 804, qui déclare que l'expropriation n'est pas applicable à des biens faisant partie du domaine public « tant que ces biens n'ont pas perdu leur caractère d'indisponibilité absolue par l'effet d'un déclassement ».

puisque le changement de destination des parcelles — la désaffectation — est à la merci de l'autorité qui a procédé à l'affectation, autorité qui sera une autorité locale ; or chacun sait que l'intérêt public municipal ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt public départemental ou national.

Tel est l'écueil qu'eût le mérite d'éviter la théorie de l'*unité du domaine*, qui voit dans les trois domaines publics : national, départemental, communal, trois divisions d'un domaine public unique sur lequel l'Etat a les mêmes droits.

En conséquence, celui-ci peut s'approprier à sa volonté les parcelles nécessaires sans qu'il soit besoin d'expropriation ni d'indemnisation. Grâce à l'unité du domaine public, la réalisation pratique de ce qui est considéré par l'Etat comme d'intérêt général, était conservée en sa puissance : l'utilité publique, par une sorte de centralisation des pouvoirs d'exécution, primait toujours de cette façon l'utilité locale. Cette thèse était adoptée en 1884 par le Commissaire du Gouvernement MARGUERIE dans ses conclusions dans l'affaire Fabrique de Saint-Nicolas-des-Champs (1).

De plus, et c'est une deuxième conséquence de ce système, les transferts qui s'opèrent ne porteront plus sur la propriété mais sur *l'affectation des parcelles*. Lorsqu'une dépendance du domaine public est distraite d'un service public pour passer dans un autre « ce changement d'affectation, écrit M. SARRUT, ne comporte pas d'indemnité puisque le bien reste dans le domaine public national » (2).

(1) C. E., 21 novembre 1884 : « Lorsque deux domaines se trouvent en présence, lorsque l'un d'eux doit nécessairement disparaître, devant l'autre, lorsqu'il ne peut y avoir comme dans le cas de voie publique traversant un chemin de fer, une superposition ou juxtaposition des deux domaines publics, il ne peut appartenir qu'à l'autorité administrative de décider quel est celui des deux domaines qui doit être sacrifié. Il s'agit de concilier les intérêts de deux services, et cette conciliation ne peut résulter que d'un acte administratif. »

(2) Note sous Cass. civ., 20 décembre 1897, D. 1899.1.257, rendu dans l'affaire célèbre du prolongement du Chemin de fer de Sceaux de la place Denfert-Rochereau jusqu'au carrefour Médicis.

Au début de la longue suite des litiges auxquels devait donner lieu la prolongation du chemin de fer de Sceaux, service concédé à la Compagnie d'Orléans, jusqu'au carrefour Médicis sous la rue Denfert-Rochereau et le Boulevard Saint-Michel, voie faisant partie du domaine public de la Ville de Paris, la Cour de cassation se rallie à cette technique pour refuser de laisser accorder une indemnité de dépossession à la ville par la compagnie sur le fondement de l'art. 14, § 5 de la loi du 3 mai 1851, qui vise le cas de désaccord des parties sur le prix en cas de cession amiable. Son principal argument était le suivant : « L'expropriation serait inutile ; lesdits immeubles faisant partie du domaine public *étant seulement l'objet d'un changement d'affectation* ».

En 1901, elle décide dans le même sens à propos d'une parcelle domaniale concédée à la suite d'un jugement d'expropriation à une Compagnie de Chemins de fer et affectée par celle-ci à l'établissement d'une maison de garde-barrière (1).

Dès lors, une solution reste ouverte : celle du dommage permanent résultant des travaux publics. Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris dans l'affaire Compagnie d'Orléans, se déclarèrent incompétents et renvoyèrent les parties devant la juridiction administrative (2).

Il nous suffit de constater que l'affectation est bien employée dans cette jurisprudence comme une notion juridique apte à inspirer des solutions pratiques.

Avec l'affectation, l'utilité publique qui lui « sert de base », pour reprendre une expression du doyen HAURIU (3), devient inspiratrice du droit.

Mais, bien que marquant un progrès de technique, la théorie de l'unité du domaine, attaquée en doctrine par HAURIU, qui lui reprochait de méconnaître la diversité

(1) V. Cass. civ., 29 octobre 1900. D. 1901.1.183.

(2) Tribunal de la Seine, 14 janvier 1903, Cour de Paris, 29 mars 1905.

(3) S. 1909.3.97.

des utilités publiques qui s'entrecroisent sur le domaine, elle était aussi en désaccord, avec la jurisprudence du Tribunal des Conflits, qui distinguait l'hypothèse de dépossession confiée aux tribunaux judiciaires, de l'hypothèse de simples dommages pour travaux publics ressortissant au Conseil de Préfecture et qui s'appuyait sur l'idée de pluralité du domaine.

La jurisprudence récente du Conseil d'Etat est, elle aussi, entièrement construite sur la notion d'affectation.

Dans son arrêt du 16 juillet 1909 (1), le Haut Tribunal commence par reprendre le raisonnement du Tribunal des Conflits dans l'arrêt du 28 janvier 1899 : l'incorporation de parcelles du domaine public à la voie ferrée ne vaut pas transfert de propriété, en l'absence d'une désaffectation préalable et la Ville conserve son droit de propriété. Dès lors, il n'y a pas de dépossession, partant, aucune raison de faire appel à la compétence judiciaire, et à nouveau le Conseil d'Etat en vient à chercher une issue dans la théorie des dommages permanents causés par les travaux publics (2).

Si des dommages ont pu résulter de la transformation des portions de voie publique appartenant à la ville en tranchées à ciel ouvert au profit de la compagnie d'Orléans, explique M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER dans ses conclusions, « ce n'est pas le passage d'un domaine public dans un autre qui les a causés, c'est le *changement dans le mode d'utilisation* — lisons le changement d'affectation — c'est-à-dire un travail public ».

Ainsi, c'est par l'intermédiaire de la notion d'affectation qu'est rendu possible le rattachement à la théorie des dommages causés par les travaux publics.

Pour M. TEISSIER, en effet, si le domaine est multiple

(1) C. E., 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans, p. 707 et S. 1909.3.97, note de M. HAURIOU.

(2) V. la critique de cet arrêt par HAURIOU. S. 1909.3.97. Il lui reproche de consacrer le droit éminent de l'Etat sur le domaine public des collectivités décentralisées, droit à allure féodale.

quant à la propriété (1), il est un quant à l'affectation. A quelque personne morale publique qu'il appartienne, le domaine est affecté à une utilité publique supérieure que M. TEISSIER appelle « l'usage de la collectivité ». A l'intérieur de cette destination, des affectations diverses correspondant à des utilités publiques secondaires ou locales, s'opéreront. La puissance publique demeure libre d'organiser au mieux les intérêts de la collectivité, l'affectation, le mode d'utilisation comme aussi la gestion de ce domaine, mais leur but étant toujours un ouvrage destiné lui aussi à la collectivité, c'est-à-dire à l'utilisation publique, l'unité de l'affectation générale du domaine n'est pas rompue. Dès lors, « une simple décision par changement d'affectation suffira ». Les diverses personnes morales demeureront propriétaires de leur domaine, mais leur droit se trouve, jusqu'au déclassement des parcelles, paralysé en quelque sorte par l'affectation à l'utilité publique : « ce sol est grevé d'une affectation spéciale, d'une servitude dans l'intérêt du public, qui ne permet pas, dit M. TEISSIER, à la personne morale propriétaire d'exercer les prérogatives essentielles de son droit de propriété tant que dure cette affectation à l'usage de la collectivité (2) ».

Aussi bien, le but que la théorie de l'unité du domaine n'atteignait qu'en s'appuyant sur l'élément propriété, le Conseil d'Etat à la suite de M. TEISSIER, l'atteint grâce au seul élément d'affectation dissocié du droit de propriété, progrès sensible dans la technique de la notion d'utilité publique.

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 13 mai 1925, rendu en appel de la décision du conseil de préfecture, se refusant à admettre l'existence des dommages dont la Ville se

(1) Pour M. TEISSIER, il y a 3 domaines publics distincts, dont l'Etat, le département, la commune sont propriétaires.

(2) Concl. de M. TEISSIER, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans, *Rec.*, p. 707.

disait victime, n'apporte rien de nouveau dans la solution du problème des mutations. M. RIVET se contente, dans ses conclusions, pour autant qu'il se rallie au point particulier qui nous intéresse, de donner pour définitifs les principes exposés en 1909 par M. TEISSIER et adoptés par le Conseil d'Etat (1).

Conclusion.

En définitive, la notion d'utilité publique nous paraît commander toute la domanialité publique et partant, le caractère « politique » et « constitutionnel » du domaine se trouve vérifié une fois de plus (2).

Mais, on peut tirer de cette étude cette autre remarque : la notion d'affectation appliquée au domaine public fait apparaître — peut-on dire — un type nouveau de propriété : la *propriété affectée*. Droit civil à l'origine, il apparaît dans son exercice un droit déformé par l'idée d'affectation au point d'être paralysé dans ses effets. Les parcelles domaniales appartenant aux personnes publiques sont indisponibles jusqu'au déclassement en raison de leur destination, de même que les constitutions de droits réels faits par les concessionnaires de canaux concédés à perpétuité sont révocables si l'intérêt public l'exige, puisque ces concessions sont une propriété affectée.

Mais poursuivons cette étude du rôle à la fois créateur et organisateur du droit de la notion d'utilité publique.

(1) M. RIVET écrit : « *Etant admis* que si l'Etat, les départements, les communes, ont bien la propriété du sol qui constitue leur domaine public, l'autorité supérieure juge des intérêts de la collectivité *est libre de changer l'affectation spéciale*. La servitude d'utilité générale dont cette propriété se trouve grevée, — une parcelle du domaine public par exemple, — pourra être affectée au domaine de l'Etat *sans déclassement et sans expropriation préalable*. Cette parcelle restera en revanche propriété de la commune, qui recouvrera vis-à-vis d'elle, en cas de désaffectation, le plein exercice de ses droits. »

(2) V. WALINE, *Les mutations domaniales*. Thèse Paris, 1925, p. 199.

CHAPITRE III

LA NOTION D'AFFECTION A L'UTILITÉ PUBLIQUE, CRITÈRE DU TRAVAIL PUBLIC

L'expression travail public a été très souvent employée, rarement définie et plus rarement encore elle l'a été d'une manière satisfaisante, notait au début du siècle M. CHARDON (1).

La matière des travaux publics cependant est l'une des plus importantes du droit administratif, une de celles que la loi du 28 Pluviose an VIII a prévue, sinon définie, et l'on sait l'importance qu'ont pris à l'époque moderne les grands travaux d'intérêt général. Qu'il s'agisse de doter le pays d'un réseau routier ou ferré, de voies navigables, qu'il s'agisse de développer les diverses formes de *public utilities* : concessions de distribution d'eau ou de gaz, d'énergie électrique, transports divers ; qu'il s'agisse de construire ou de réparer des immeubles affectés aux services publics, la théorie des travaux publics trouve à s'appliquer.

Des contacts entre l'administration et les entrepreneurs, ou entre les entrepreneurs et les particuliers, vont naître des problèmes de droit public capitaux qui touchent soit au droit des contrats administratifs (question d'interprétation des cahiers des charges, malfaçons, acceptation des ouvrages, mise en régie, déchéance), soit au droit de la

(1) *Les travaux publics*, 1904, p. 16.

responsabilité de la puissance publique. C'est la question des dommages causés par les travaux publics dont on sait quel est le développement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

En raison de tous ces intérêts, il était nécessaire que la jurisprudence et la doctrine travaillent à rechercher le critère du travail public (1).

A tout instant en matière de dommages se posait la question préliminaire de savoir s'il y avait ou non travail public et puisqu'aucun texte ne donnait une définition de ce dernier, force était donc de chercher un critérium dans le jeu des principes généraux. Suivant les époques et suivant l'état du développement du droit administratif on assiste à des variations du critère adopté.

Nous allons examiner d'abord quelle est la notion du travail public chez les anciens auteurs, puis chez les auteurs modernes, enfin, suivre les transitions qui ont conduit à adopter la notion d'utilité publique comme critérium du travail public.

SECTION I.

La conception du travail public chez les auteurs.

Des recherches auxquelles nous nous sommes livré chez les anciens auteurs de droit administratif, il résulte que l'idée que l'on s'est faite des travaux publics est pour une même époque fort diverse.

(1) Les indemnités s'apprécieront en tenant compte de la théorie des dommages permanents causés par les travaux publics et non de l'art. 1382 du Code civil (on sait que le droit administratif reconnaît une responsabilité sans faute à la charge du constructeur d'un travail public, toutes les fois que la gêne résultant de l'ouvrage dépasse les inconvénients résultant normalement des relations de voisinage : C. E., 19 mars 1915 ; DUVIGNEAU et BROU. S. 21.3.39. Cf. la théorie de l'abus du droit.

Certains auteurs ne nous donnent aucune définition du travail public. MACAREL (1) n'étudie que les « commissions spéciales » créées par la loi du 16 septembre 1807 pour le dessèchement des marais, et cette étude absorbe dans son livre toute l'idée de travail public.

CORMENIN (2) n'étudie pas la théorie des travaux publics dans ses *Questions de droit administratif* et dans son *Droit administratif*; il ne traite des travaux publics qu'en étudiant des matières éparses, sans idée d'ensemble (3).

Il en est de même de CHAUVEAU Adolphe (4), SERRIGNY (5) restreint la matière au dessèchement des marais. HUSSON qui cependant écrit en 1851 un *Traité de la législation des travaux publics* ne se préoccupe même pas d'en donner une définition.

Ceux-là mêmes qui cherchent à définir ce qu'on entend par travail public se retranchent derrière l'idée de puissance publique et lient leurs définitions aux personnes publiques auxquelles elles s'appliquent et non à la nature des ouvrages créés. « On appelle, dit MERLIN, travail public tous les travaux qui sont faits par les ordres et pour le compte du gouvernement » (6). LAFERRIÈRE, même, joint à ce critère une pure énumération : les travaux publics « ont pour objet les voies de communications, les constructions ou réparations qui intéressent l'Etat, les départements, les communes » (7).

(1) MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, 1828, p. 256.

(2) CORMENIN, *Questions de droit administratif*, 4^e édit., t. 3, p. 434.

(3) DE CORMENIN, *Droit administratif*, 5^e édit., 1840, t. II, p. 421, traite des travaux publics sans les définir. Voici son sommaire : I. Compétence du ministre des Travaux publics ; II. Des conseils de préfecture ; III. Des tribunaux ; IV. Obligations respectives des entrepreneurs et de l'Etat, et règles sur les cas d'indemnité et de non-indemnité ; V. Des solutions d'équité ; VI. Qualités des contractants ; VII. Des intérêts, du paiement.

(4) CHAUVEAU Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, 1841, I, n^o 1298.

(5) SERRIGNY, *Traité de droit public*, 1846, II, 459.

(6) V. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v^o Travaux publics.

(7) *Cours de droit public et administratif*, 1854, 5^e édition, t. I, p. 620.

Par contre, un auteur comme PROUDHON, dont on connaît la renommée en matière domaniale, apporte plus d'attention au travail public ; sans entreprendre un essai de théorie générale, il indique du moins quelques principes en la matière, c'est-à-dire qu'il abandonne le point de vue strictement descriptif des auteurs précédents pour situer fort bien la place de la théorie au centre de ce qu'on pourrait appeler la prérogative d'utilité publique de l'administration. Pour lui, c'est le rôle de l'exécutif de dire ce qu'est l'utilité publique et par conséquent de mettre en mouvement l'opération de travail public (1), et il place en dehors du champ du contentieux les mesures par lesquelles l'administration ordonne l'exécution des travaux (2).

Bien mieux, très tôt, dès l'époque où MACAREL et CORMENIN traitent avec une si grande indifférence de cette matière, GÉRANDO et FOUCART font figure de précurseurs. Non seulement ils s'attachent en tête des chapitres qu'ils consacrent aux travaux publics, à donner des définitions mais encore, ils proposent un critérium qui est exactement celui de la jurisprudence moderne issue de l'arrêt commune de Monséguir : « les travaux publics, nous dit GÉRANDO, sont ceux qui présentent un caractère d'utilité générale » (3). « On entend, dit FOUCART, par travaux publics tous ceux qui se font par ordre du gouvernement, dans l'intérêt général » (4).

Pour DUFOUR « sont des travaux publics ceux qui sont empreints du caractère d'utilité publique » (5), définition qui découle de la conception très fine qu'il se fait du rôle de l'idée d'intérêt général dans le progrès du droit public. Dans le passé, explique-t-il, les grands travaux furent entravés par l'obscurcissement de la notion d'intérêt géné-

(1) V. *Traité du domaine public*, 1834, t. I, nos 132-141.

(2) T. II, n° 479.

(3) *Institutes du droit administratif français*, 1830, t. IV, p. 249.

(4) *Eléments de droit public et administratif*, 1839, t. II, p. 217.

(5) *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e édit., t. VIII, p. 163.

ral, mais « dès qu'on eût commencé de distinguer, d'apprécier les droits et intérêts généraux qui font la base de l'économie sociale, les efforts tendirent à les satisfaire. De là, les privilèges accordés aux concessionnaires de marais à dessécher ou de canaux à creuser et les procédés dérogoratoires du droit commun pour mettre à la disposition des entrepreneurs les matériaux nécessaires à l'entretien et à l'amélioration des voies de communications » (1).

C'est bien en raison de la corrélation de l'idée d'intérêt général et de la notion de travail public que le grand essor des travaux publics se remarque au sortir de la période révolutionnaire, sous le Premier Empire (2), après qu'ont été remuées les idées d'utilité publique, « de bien commun », lorsqu'elles commencent à pénétrer dans notre système moderne de droit public. Chez lui les conceptions théoriques inspirent les solutions pratiques : se pose-t-il la question de savoir si les travaux des départements et des communes sont des travaux publics ? son argument pour décider l'affirmative c'est qu'il existe une utilité publique communale.

DUCROCQ, dans son *Cours de droit administratif* (3) soutient la doctrine très moderne, rappelant celle des commissaires du gouvernement qui ont le plus récemment conclu sur le caractère du travail public, et qui tend à faire de la destination d'utilité publique de l'ouvrage le signe distinctif du travail public. « On reconnaît unanimement aujourd'hui écrit DUCROCQ, après une longue résistance de la Cour de cassation, que cette dénomination appartient non seulement aux travaux nationaux et départementaux, mais aussi aux travaux communaux et à ceux des établissements publics *toutes les fois qu'ils sont entrepris dans un but d'utilité publique*. On considère le caractère du travail

(1) *Traité général de droit administratif appliqué*, 1857, 2^e édit., t. VII, n^o 32.

(2) 2^e édit., 1857, t. VII, n^o 33.

(3) 7^e édit., 1897, t. 2, p. 245.

et non l'origine des deniers avec lesquels on les paie... » Il affirme même nettement que le « signe distinctif des travaux publics est *leur but d'utilité publique* » (1).

TARBÉ DE VAUXCLAIRS (2) insiste aussi sur l'idée d'intérêt général, qu'il sépare de la conception économique de l'utilité privée, mais ajoute à ce critérium la condition d'une déclaration d'utilité publique préalable (3).

Puis ensuite, par degrés, le critérium tiré de l'utilité publique va aller en s'obscurcissant jusqu'à une époque toute récente.

Les Conférences d'Aucoc marquent la ligne de partage entre la notion moderne représentée par les livres de FOUCART, de GÉRANDO, de DUFOUR, et les tendances nouvelles qui accoleront à l'idée de travail public celles de service public et de domanialité. C'est ainsi, qu'après avoir reproduit l'ancienne formule de FOUCART et de GÉRANDO, en définissant les travaux publics « tous les travaux exécutés dans un *but d'intérêt public*..., c'est-à-dire les travaux exécutés dans ce but par l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics » (4), il amalgame à cette définition la notion de service public. Les travaux publics seront « tous les travaux qui sont exécutés par les divers organes des intérêts collectifs en vue d'un service public » (5).

C'est ainsi que PERRIQUET (6) y voit des travaux « exécutés par l'administration ou les personnes substituées à ses droits dans l'intérêt des services publics » (7).

(1) *Ibid.*, p. 247.

(2) *Dictionnaire des travaux publics*, 1835, v^o *Travaux publics*.

(3) On verra plus loin ce qu'il faut penser de cet essai de rattachement à la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(4) Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd., 1886, t. II, n^o 427.

(5) 3^e éd., t. IV, n^o 308, p. 509. Aucoc cite comme exemples, les travaux destinés à assurer « la circulation publique, prévenir les inondations, à assurer l'exercice du culte ».

(6) *Traité théorique et pratique de travaux publics*, 1883, 2 vol.

(7) Tome I, p. 2.

Puis, CHRISTOPHLE (1) et GIRON (2) s'efforcent d'étayer la notion de travail public sur l'idée de domanialité. « On désigne sous la dénomination générale de travaux publics, écrit CHRISTOPHLE, ceux qui sont exécutés par l'administration ou ses ayants droit dans l'intérêt du domaine public, de l'Etat, des départements et des communes » (3), et GIRON reproduit cette formule mot pour mot.

Mais rappelons qu'à la même époque (1897) DUCROCQ combat cette tendance en déclarant qu'il n'y a pas de « synonymie » entre les idées de travail public et de domanialité publique (4), tant il est vrai que la recherche du critérium du travail public n'a pas évolué harmonieusement ni logiquement.

Voici qu'à une époque plus rapprochée de nous l'idée d'utilité publique est reprise comme critère unique du travail public. Le *Dictionnaire général de l'administration* de BLANCHE et DE MOUY (5) reprend la définition de DUCROCQ et englobe dans les travaux publics ceux des diverses personnes morales administratives « à condition qu'ils soient entrepris dans un but d'utilité publique ».

CHARDON, sans employer l'expression d'utilité publique, exprime une idée analogue dans son *Traité* (6).

MOREAU (7) énumère parmi les diverses conditions auxquelles il subordonne l'existence d'un travail public, la nécessité pour l'ouvrage d'être « motivé par l'utilité publique » (8).

(1) *Traité des travaux publics*, 2^e édit., 1890, t. I, p. 2.

(2) *Dictionnaire de droit administratif*, 1896, v^o *Travaux publics*, p. 461.

(3) T. I, p. 2.

(4) 7^e édit., t. 2, p. 247.

(5) 1904, v^o *Travaux publics*.

(6) P. 16 : « Les travaux publics sont ceux dont l'exécution rend possible ou facilite pour une fraction indéterminée et renouvelable de citoyens... l'exercice de l'activité humaine sous toutes ses formes. »

(7) *Manuel de droit public français*, t. II, *Droit administratif*, 1909, p. 699.

(8) Ces conditions sont les suivantes : être effectué par un louage d'ouvrage, pour le compte d'une personne administrative relativement à un immeuble, et pour un motif d'utilité publique.

ENOÜ définit les travaux publics : les travaux « exécutés dans un but immédiat d'intérêt public par les établissements publics ou pour leur compte » (1), et si les auteurs modernes font une place à l'idée de service public, ils l'accolent le plus souvent, tels MM. PORÉE et CUENOT, à l'idée d'intérêt public : « Par travail public on doit entendre tout travail exécuté dans un but d'utilité générale ayant pour objet d'assurer un service public » et même, il donne le pas à l'idée d'utilité publique (2).

MM. BERTHÉLEMY et HAURIU ont soin de juxtaposer la notion d'utilité publique et celle de service public.

M. BERTHÉLEMY y voit des travaux d'aménagement ou d'entretien « accomplis en vue de l'intérêt général... exécutés par une personne morale administrative en vue d'un service public » (3), et faisant allusion à l'arrêt Monséjour il précise que ces derniers doivent s'entendre dans le sens le plus large (4).

Pour M. HAURIU, ce sont des travaux aménagés « pour le compte d'une personne morale publique et en vue d'un usage public ou d'un service public » (5).

M. ROLLAND précise que l'ouvrage doit être fait en vue soit d'un service public, soit d'un usage public ou dans un but d'intérêt général (6) et même il en arrive à l'idée de destination, reprenant la notion d'affectation bien connue en matière domaniale (7).

Quant aux ouvrages présentant un caractère uniquement pratique, ils reflètent les mêmes tendances.

MM. MARIZIS et COT (8) indiquent que le travail public

(1) *Traité théorique et pratique de droit administratif*, t. I : *Les travaux publics*, 1903, p. 17.

(2) PORÉE et CUENOT, n° 683 : « L'utilité publique étant le caractère auquel on reconnaît qu'un travail est public... »

(3) *Précis*, 11^e édit., p. 650.

(4) P. 650, note 2.

(5) 12^e édition, p. 903.

(6) N° 647.

(7) N° 647.

(8) *Manuel juridique des travaux publics*, 1925, p. 6.

doit avoir pour but « la satisfaction d'un intérêt général » et il en est de même des divers répertoires (1).

C'est au critère tiré du service public que s'attachent MM. DUGUIT (2) et JÈZE, la conception de service public dirigeant pour ces auteurs toutes les théories du droit administratif (3). M. JÈZE écrit (4) « lorsque l'administration, pour un service public, fait un travail sur un immeuble, des théories spéciales s'appliquent afin de faciliter l'exécution du travail : c'est la théorie des travaux publics ».

Voilà les variétés qui s'observent dans le choix du critérium.

De cette étude de la doctrine ressortent deux constatations :

La première, c'est que la notion d'utilité publique a été adoptée très tôt comme critère du travail public.

La deuxième, c'est que ce critère réapparaît chez la très grande majorité des auteurs à notre époque, alors que sont abandonnés les essais de rattachement de la théorie des travaux publics à celle du domaine public ou du service public.

L'étude de la jurisprudence à laquelle nous allons nous livrer maintenant va confirmer cette tendance générale du droit administratif à se grouper sous la notion d'utilité publique.

(1) *Répertoire Dalloz*, v^o *Travaux publics* : « On entend par travaux publics ceux qui sont entrepris dans un but d'intérêt général par l'Etat ou par une personne morale qui y est assimilée ; BÉQUET, art. Travaux publics. Les travaux y sont définis : « ceux qui tendant à la réalisation d'une œuvre matérielle sont entrepris dans un but d'utilité publique. » *Répertoire TISSERANT* (*Répertoire de droit administratif*, v^o *Travaux publics*) : « Ceux qui sont entrepris dans un but d'utilité publique par les administrations... ».

(2) *Droit constitutionnel*, t. V, p. 570.

(3) *V. R. D. P.*, 1921, note de M. JÈZE, p. 361 à propos de l'arrêt Commune de Monségur ; *V. R. D. P.*, 24, p. 459, 1925, p. 460.

(4) *Principes*, t. II, p. 13.

SECTION II.

Recherches d'un critérium par la jurisprudence

La jurisprudence, à la différence de la doctrine, n'a jamais complètement ignoré le critérium tiré de l'utilité publique. Très tôt, le Conseil d'Etat a fait de cette notion le fondement du travail public.

On lit dans un décret du 7 février 1809 (1) : « Considérant que les ouvrages qui ont pour objet l'utilité publique ou la jouissance du public, tels que les monuments dont il s'agit, sont compris sous le nom de travaux publics... » (2).

§ 1. — *Les baux de sources minérales.*

Peu à peu, on assiste à l'extension du critérium et, des travaux considérés d'abord comme purement privés, pénètrent progressivement dans la catégorie des travaux publics.

L'évolution est très nette en matière de baux de sources appartenant à l'Etat ou aux diverses personnes morales décentralisées. Longtemps le Conseil d'Etat y vit un domaine réservé à la compétence judiciaire. Il interprétait, en effet, un arrêté des Consuls du 3 Floréal, an VIII (3) aux termes duquel le produit des sources « appartenant à la République » devait être affermé et à défaut de paiement du droit du bail ou faute d'exécution des clauses de ce dernier, il pouvait être résilié par le conseil de préfecture ; seul appartenait à la juridiction administrative le contentieux des baux de sources appartenant à l'Etat (4).

(1) Ville de Marseille c/ CHARDIGNY, Leb., t. I, p. 165.

(2) Cette décision vise des travaux destinés à l'embellissement d'une ville.

(3) Articles 1 et 2.

(4) V. C. E., 4 décembre 1822, Hospice de Bagnères, 1822, t. 2, p. 441 ; V. C. E., 20 juin 1861, MOREL, p. 529.

Bien plus, on refusait aux travaux concernant ces sources la qualité de travaux publics, aucun élément d'utilité publique n'étant à noter, disait-on, dans leur exploitation; aussi la jurisprudence distinguait-elle les « routes thermales » des « voies publiques », ces dernières seules pouvant donner naissance à des opérations de travaux publics (1).

Ce n'est qu'en 1866 que l'arrêt LAFOND (2) rendu sur les conclusions du commissaire du gouvernement AUCOC, adopta le critérium tiré de l'utilité publique déclarant : « les travaux exécutés par l'Etat dans l'établissement thermal de Nérès *ont un but d'utilité publique* et dès lors ils rentrent dans la catégorie des travaux publics ».

AUCOC, dans ses conclusions, oppose exploitation économique et gestion d'une richesse d'utilité publique en ces termes : « le législateur a vu, dans la gestion des établissements thermaux qui appartiennent à l'Etat, non pas l'exploitation d'un domaine en vue d'obtenir des revenus, *mais un véritable service public, le service de la santé publique* ».

Il est clair que service public n'est pas employé ici dans le sens juridique et spécial qu'on lui a donné depuis lors et que cette expression est synonyme purement et simplement de celle d'utilité publique. La suite des conclusions l'indique nettement : après avoir donné pour preuve de sa manière de voir, la loi du 14 juillet 1856 sur la protection des sources thermales — loi qui stipule que les sources n'appartenant pas à l'Etat dont l'exploitation ne satisfait pas les besoins de la santé publique pourront être expropriées (3) — AUCOC, accolant les deux termes, conclut : « n'est-ce pas là la preuve évidente qu'il y a *utilité publique, service public* ? »

De nos jours, la jurisprudence est bien établie en ce sens

(1) V. LAFERRIÈRE, 2^e édit., 1896, t. I, p. 593.

(2) 8 mai 1866, LAFOND, p. 230.

(3) V. article 12.

que les contrats d'exploitation de sources thermales, même lorsque celles-ci appartiennent à des collectivités autres que l'Etat, sont des contrats administratifs dont le contentieux appartient à la juridiction administrative, au conseil de préfecture depuis l'arrêté de Floréal an VIII. Le Conseil d'Etat en fait même de véritables contrats de concession de services publics (1) et non des baux (2).

§ 2. — *Les concessions de créments futurs.*

Des arrêts anciens reconnaissent également le caractère de travaux publics à des « travaux d'intérêt public », ouvrages construits en vertu de concessions de créments futurs — contrats administratifs (3) consistant dans l'autorisation d'occuper une portion du rivage de la mer ou d'un fleuve pour fixer les alluvions au moyen de certains ouvrages (4) — toutes les fois que ces travaux présentent un caractère d'intérêt général et ont été exécutés pour le compte d'une personne administrative (5).

(1) V. C. E., 28 juin 1918, Société générale thermale et balnéaire, *Rec.*, p. 642 ; s'agissant de la concession par la Ville de Luchon de l'exploitation d'un casino et de l'établissement thermal avec ses dépendances moyennant une redevance annuelle et l'exécution de certains travaux : « le traité dont il s'agit présente dans son ensemble le caractère d'un *contrat de concession de service public* ; si le dit traité comporte en outre l'attribution de jouissance, en faveur de la société, de plusieurs propriétés communales, cette circonstance ne saurait lui conférer le caractère d'un bail ».

(2) Dans un arrêt du 19 février 1919, Société thermale des Pyrénées c/ Commune de Luchon, S. 1922.2.89, note de M. MESTRE, il est statué dans le même sens. Cette concession de service public est, note M. MESTRE, « assez nouvelle », la dissociation s'est faite avec les arrêts TERRIER (6 février 1903) et THÉRON (4 mars 1910) et s'est continuée dans l'arrêt *Gaz. de Bordeaux* (30 mars 1916) en matière d'imprévision, entre la concession de travail public et la concession de service public. Longtemps la première étant apparue comme une « sorte de prélude obligatoire » de la seconde, le concessionnaire se chargeant d'assurer la gestion du service.

(3) V. LAFERRIÈRE, 2^e édit., 1896, t. I, p. 608.

(4) V. Trib. Confl., 1^{er} juillet 1850, DE GOUVELLO, p. 640 ; 31 mai 1851, DUHAMEL, p. 405.

(5) V. C. E., 30 mars 1928, Ministre des Travaux publics, p. 497.

§ 3. — *Espèces diverses* (1882-1916).

Puis çà et là des arrêts adoptant le critère tiré de l'utilité publique jalonnent la route jusqu'à une date toute récente.

Le Tribunal des Conflits en 1882 (1) précise *a contrario* la nécessité d'un but d'utilité publique en déclarant que si la source minérale appartenant à une commune n'a pas été déclarée d'intérêt public par application de la loi du 14 juillet 1856 (2), les travaux exécutés par la commune sur cette source, non dans un but d'intérêt général mais en vue d'une exploitation lucrative, n'ont pas le caractère de travaux publics.

En 1896, ce même tribunal déclare encore que seront des travaux publics « ceux régulièrement arrêtés par décision de l'autorité supérieure dans un but d'intérêt général » (3). Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts formée par le riverain d'un chemin de fer auquel porte préjudice la suppression d'un passage assurant la desserte de sa propriété. « Ce sera au conseil de préfecture, décide le Tribunal des Conflits, à se prononcer sur le dommage. »

Le Conseil d'Etat décide de même que la construction de rampes d'accès pour raccorder des maisons riveraines d'une voie publique sont établies dans un intérêt public et par suite présentent le caractère de travaux publics (4).

Lorsqu'une ville dérive un cours d'eau afin d'assurer l'alimentation en eau d'une agglomération urbaine, elle n'est pas fondée à repousser la demande d'indemnité présentée par un riverain propriétaire d'un moulin, en se fondant sur ce que possédant elle-même la qualité de pro-

(1) 25 novembre 1882, CAZEAUX, S. 1884.3.65.

(2) Article 1.

(3) Trib. Confl., 1^{er} août 1896, Préfet de la Manche, p. 637.

(4) 29 juillet 1898, BERTRAND, p. 609.

priétaire et de riverain elle aurait, à ce titre, droit à l'usage de l'eau en vertu des dispositions du Code civil (1). Le Conseil d'Etat décide que « les travaux exécutés *dans un intérêt général* ne sont pas de ceux auxquels s'appliquent les art. 644 et 645 du Code civil ». Saisi d'une demande en indemnité, le conseil de préfecture n'a donc pas à surseoir à statuer jusqu'à la solution de la question préjudicielle (2) de savoir si la ville doit être considérée comme propriétaire des rives du cours d'eau (3).

La Cour de cassation, à propos d'une affaire *ARRIUS PARDIÈS*, relève dans le même esprit que des travaux intéressant une collectivité de propriétaires et visant à protéger une route nationale contre les inondations, sont des travaux publics (4).

§ 4. — *L'arrêt Astruc (1916)*
et l'arrêt commune de Monségur (1921).

Deux arrêts particulièrement célèbres du Conseil d'Etat devaient apporter au critérium du travail public des précisions juridiques capitales : ce sont les arrêts *ASTRUC*, du 7 avril 1916 (5) et commune de Monségur du 20 janvier 1921 (6).

Il s'agissait dans l'arrêt *ASTRUC* d'une demande d'indemnité pour inexécution d'une promesse de concession d'un emplacement sis aux Champs-Élysées pour la construction d'un « Palais Philharmonique ». L'arrêt du Conseil d'Etat joint les deux expressions service public et

(1) Articles 644 et 645 du Code civil.

(2) Les articles précités du Code civil emportent en effet compétence judiciaire.

(3) Conseil d'Etat, 24 juillet 1908, Demoiselle *BOULAT*, p. 817 ; V. dans le même sens : C. E., 13 mars 1908, *BLAY*, p. 276.

(4) 22 décembre 1908, *ARRIUS PARDIÈS*, S. 1909.1.485. La Cour précise qu'elle s'attache à l'objet des travaux et non à l'accomplissement des formalités qui les accompagnent pour décider de leur caractère.

(5) *Rec.*, p. 164 et S. 1916.3.49, note de *M. HAURIOL*.

(6) *V. R. D. P.*, 1921, p. 351.

utilité publique, n'y voyant, il semble bien, que deux termes synonymes (1) : « Considérant, dispose le Conseil d'Etat, que le palais dont il s'agit n'était pas destiné à assurer un service public ni à pourvoir à un objet d'utilité publique... » Et cela ne nous apprend rien de nouveau sur le critère du travail public puisque nous savons que les auteurs ont accouplé eux aussi pendant longtemps les deux formules.

Plus précieuses sont pour nous les conclusions du commissaire du gouvernement M. CORNEILLE. On y voit, pour la première fois à notre connaissance (2), pénétrer dans la notion de travail public l'idée finaliste d'affectation — M. CORNEILLE dit « destination » — dont la jurisprudence a fait, nous l'avons montré, l'idée organisatrice de toute la théorie jadis si confuse de la domanialité publique.

Introduite dans la notion de travail public, l'idée d'affectation ne va-t-elle pas en cette matière aussi renverser les systèmes, éclaircir, affiner et ordonner sous sa règle les solutions juridiques dans notre matière ?

C'est ce qu'il est intéressant pour notre étude, toute orientée vers l'idée de but, de rechercher.

En raison de son importance et de la nouveauté de l'idée qu'il recèle, citons textuellement le passage des conclusions de M. CORNEILLE. Se posant la question qu'est-ce qu'un travail public, M. CORNEILLE s'exprime ainsi : « ont le caractère de travaux publics les travaux exécutés pour le compte d'une personne administrative, soit qu'ils soient exécutés directement par cette administration, soit qu'ils le soient par des particuliers se substituant à elle, suivant diverses modalités du contrat, mais à la condition que les travaux aient par eux-mêmes une *destination d'utilité publique* ». Et, M. CORNEILLE reprend sous une autre forme

(1) En faveur de cette interprétation voir NOEL. Thèse Paris, 1924, p. 96.

(2) Déjà une Cour d'appel avait décidé que le travail public se reconnaissait tant par son exécution pour le compte d'une personne morale administrative que par sa « destination d'utilité générale ». Cour d'Agen, 8 juin 1909. D. 1909.2, p. 358.

la même pensée juridique, l'idée de but, en faisant appel à la théorie de la cause, afin de déceler l'ouvrage public : « la condition primordiale » pour qu'il y ait travail public c'est qu'il s'agisse « de travaux dont la cause soit l'exécution d'un service public ». Et qu'entend par cette idée de cause le savant commissaire du gouvernement ? M. CORNEILLE l'exprime lui-même : « il faut que les travaux soient faits dans l'intérêt d'une collectivité ou d'usagers ».

Service public, est donc une expression qui englobe toutes les variétés que présente l'utilité publique (1).

C'était parce qu'il attachait au terme service public un sens nettement technique que M. JÈZE a pu voir entre les conclusions que nous citons et celles présentées par M. CORNEILLE en 1921 dans l'affaire commune de Monségur, une contradiction de doctrine (2).

L'affaire commune de Monségur se présente sous la forme d'un recours contre des arrêtés d'un conseil de préfecture condamnant la commune à indemnité pour dommages causés par le mauvais entretien d'une église. Un enfant avait été blessé par la rupture de la colonne supportant un bénitier, alors qu'il s'amusait à s'y suspendre au cours des vêpres.

Pour statuer sur la requête de la commune condamnée, force était bien pour le Conseil d'Etat de statuer sur le caractère de travaux publics des opérations concernant l'entretien de l'église. Si l'on songe que l'accident s'est produit en 1908, après la promulgation des lois de séparation, à une époque où les cultes ne sont plus des services publics, on comprendra que la décision que va rendre le Conseil d'Etat dépendra tout entière du point de savoir si la notion de travail public est liée ou non à celle de ser-

(1) V. C. E., 19 janvier 1922, Chambre des députés, appliquant l'idée de service public au « service de la Chambre des députés ».

(2) V. JÈZE, *R. D. P.*, 1921, note à propos de l'arrêt Commune de Monségur, p. 363.

vice public ; et c'est bien du changement intervenu dans le régime des cultes du fait de la loi de 1905 (1) que prétendait tirer argument la commune requérante. Sans doute, disait-elle, la loi du 2 janvier 1907 a maintenu les églises à la disposition des fidèles, mais cela ne constitue qu'une servitude de pur droit privé pesant sur l'église ; celle-ci reste dans le domaine privé et les travaux qui l'affectent ne sont que des travaux privés.

M. le commissaire du gouvernement CORNEILLE pose tout de suite que l'absence de service public et de domanialité publique importe peu sur le caractère des travaux envisagés : « Au premier point de vue, la notion de service public et celle de service public ne se recouvrent pas exactement et par suite on ne peut se fonder sur ce que les cultes ne sont plus un service public pour dire que les travaux d'entretien des églises ne sont plus des travaux publics. »

Les travaux faits aux locaux des concessionnaires de services publics ne sont pas déclarés travaux publics, bien qu'ils soient affectés par l'idée de service public. Inversement, des travaux faits à des salles communales de réunions publiques ou de sociétés de secours mutuels sont des travaux publics.

M. CORNEILLE note qu'un glissement s'est produit dans la jurisprudence comme dans la doctrine qui étaye le travail public sur le service public.

En doctrine, il rappelle l'opinion de MM. PORÉE, CUENOT et ENOU que nous avons indiquée, les articles des grands répertoires, les conclusions de M. AUCOC dans l'affaire LAFOND et des arrêts anciens qui se réfèrent à l'idée d'utilité publique. Il rappelle enfin que pour qu'il y ait travail public il n'est pas nécessaire non plus que les opérations considérées puissent faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique, prélude à une expropriation. Il peut y avoir travail public sans qu'on soit obligé de recou-

(1) Article 2.

rir à cette procédure (1). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu autorisation régulière ni que le travail soit exécuté sur le domaine public.

La majorité de la doctrine a approuvé la jurisprudence nouvelle (2). Seul M. JÈZE a émis une opinion dissidente interprétant, nous l'avons noté, l'expression service public employée par M. CORNEILLE lors de l'affaire ASTRUC, dans un sens technique que ne semble pas avoir voulu lui donner (3) le commissaire du gouvernement.

Mais M. HAURIOU considère le critère tiré de la notion de l'utilité publique comme plus vaste que celui offert par la notion de service public, encore qu'il emploie pour parvenir à cette conception, qui nous semble fort juste, un raisonnement que nous nous permettrons de juger beaucoup moins fondé. C'est par l'intermédiaire de l'idée de puissance publique qu'il y parvient. Cette notion de puissance publique domine pour lui le droit administratif ; or, elle est plus large que celle de service public, dont — conclusion du syllogisme — la notion d'utilité publique dépasse celle de service public.

Nous ne nierons pas, certes, l'importance de l'idée de puissance publique qui teinte de diverses manières les actes administratifs. Qu'il nous soit cependant permis de juger son intervention fâcheuse, lorsqu'il s'agit d'apprécier un critérium, parce que cette notion ne comporte pas d'élément de finalité (4). C'est ce qui nous fait préférer la manière de raisonner du Conseil d'Etat, qui s'oriente

(1) C. E., 5 mai 1893, SOMMELET, D. P. 1894.3.49 ; Trib. Confl., 3 juin 1905, Chemins de fer miniers, p. 507.

(2) V. BERTHÉLEMY, *Traité*, 11^e édit., p. 650, note 2. V. note d'HAURIOU au S. 21.3.49 ; ROLLAND, *Précis* ; V. enfin les auteurs de *Traité pratiques* dont nous avons rapporté l'opinion au § 1.

(3) V. NOEL, *op. cit.*, p. 98.

(4) M. NOEL, p. 102 adresse à la note du doyen HAURIOU une critique procédant d'un esprit tout différent ; il s'attaque — mais à tort selon nous — à sa conception qui voit dans l'idée de puissance publique « la base du droit administratif ».

sans détour vers la notion finaliste de « destination d'utilité publique ».

Nous reviendrons sur cette tendance, grosse de conséquences, au point de vue des modes d'élaboration du droit administratif, au chapitre de la cause.

M. CORNEILLE a bien eu soin de reprendre l'idée d'affectation esquissée dans l'arrêt ASTRUC : « Ce ne sont pas seulement les travaux des services publics qui peuvent se définir travaux publics ; la notion est plus large ; après quelques tâtonnements de doctrine et de jurisprudence on en arrive à la formule suivante : est travail public tout travail ayant une *destination d'utilité générale*, exécuté pour le compte d'une personne morale administrative ».

§ 5. — *La jurisprudence postérieure à l'arrêt commune de Monségur.*

L'idée de destination, ou encore le « but d'utilité publique », tel est donc le critère qui semble désormais adopté par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits.

Ce dernier remarquera que la digue d'une vanne qui protège une commune contre les inondations d'une rivière « a été construite dans un *but d'utilité générale* et pour le compte de la commune ; dès lors les travaux dont le dit vannage a été ou pourra être l'objet affectent le caractère de travaux publics », et cela, note le Haut Tribunal, « sans que la circonstance qu'ils ont été ou seront effectués sur la propriété d'un particulier puisse modifier ce caractère » (1).

C'est encore en raison de leur but d'utilité publique que le Conseil d'Etat déclare que sont des travaux publics les opérations de déblaiement entreprises par l'Etat dans les régions libérées. Après avoir rappelé les droits de puissance

(1) Trib. Confl., 26 mai 1924, FAUQUÉ, D. P. 1925.3.13.

publique, droit d'expropriation notamment, que les lois du 14 mars et du 17 avril 1919 (1) confèrent aux collectivités administratives et les diverses « prescriptions d'intérêt général » relatives à la voirie, à l'esthétique, à l'hygiène, le Conseil d'Etat décide que de tels travaux « exécutés pour le compte des dites collectivités dans le but d'utilité publique qui vient d'être indiqué, présentent le caractère de travaux publics » (2).

Le même critère : le but d'utilité générale, réapparaît toutes les fois que le Conseil d'Etat est appelé à analyser le caractère des travaux entrepris par un concessionnaire de l'exploitation d'installations radio-électriques (3) ou d'entrepreneurs quelconques.

En voici un exemple : la ville de Lyon loue à long terme des terrains à la société de la foire de Lyon, à la charge d'y édifier des constructions. Le Conseil d'Etat recherche dans les modalités du contrat les conditions d'existence du travail public : contrôle administratif étroit sur l'entrepreneur, retour des constructions à la ville à l'expiration du contrat, appui financier de celle-ci ; voilà autant de circonstances qui démontrent que le palais de la foire de Lyon a été construit par la société *pour le compte de la ville* et ainsi, l'une des conditions pour qu'il y ait travail public, selon la jurisprudence, se trouve remplie. D'autre part, le Conseil d'Etat relève que les constructions sont destinées à « favoriser le développement du commerce et de l'industrie française » et par conséquent ont « *une destination d'utilité générale* ». La seconde condition est remplie, ce sont donc des travaux publics (4).

(1) Articles 59 à 62.

(2) V. C. E., 22 mars 1922, Ministre des Régions libérées c/ consorts DEBRUYN-DOLEZ, *Rec.*, p. 255 ; 3 juin 1927, Ministre des Régions libérées c/ SELINGUE, *Rec.*, p. 655 ; 13 juin 1928, Société industrielle et agricole de la Somme, *Rec.*, p. 751 ; 27 juin 1930, PASTURAL, S. 1931.3, p. 118.

(3) V. C. E., 6 août 1928, Société Radio-France, p. 1081.

(4) V. dans le même sens : C. E., 30 novembre 1928, Ministre des Finances c/ DUPUY et Cie, *Rec.*, p. 1231.

SECTION III.

La notion d'affectation coordonnant les décisions de la jurisprudence.

La notion d'affectation, puisqu'elle est une notion finaliste, tend à organiser le droit.

Il nous reste à montrer comment elle permet de donner une explication scientifique et unique à des jurisprudences logiques sans doute, mais que ne reliait aucun principe directeur, autrement dit à montrer comment s'effondrent les tentatives imaginées pour juger du caractère juridique d'après des éléments pris en dehors de sa destination et empruntées soit à des théories spéciales, théorie de la domanialité, théorie du service public, soit à l'adoption de règles de forme comme celles de l'expropriation.

§ 1. — *Insuffisance du rattachement du travail public à la théorie du domaine public.*

Si la jurisprudence adopte la distinction déjà établie par SERRIGNY entre les opérations des administrations en tant que gérant des services publics et celles exécutées en tant que propriétaire d'un domaine privé (1), refuse le caractère de travaux publics aux travaux effectués sur le domaine privé des diverses personnes morales administratives, par exemple pour la construction ou l'entretien des routes dans les forêts domaniales, c'est parce qu'elle ne voit dans ces opérations que de « simples actes de gestion du domaine privé », ces routes étant uniquement « destinées » à l'exploitation des forêts domaniales (2).

(1) V. SERRIGNY, *Traité de la compétence*, 2^e édit., t. II, p. 162.

(2) V. C. E., 10 juillet 1912, Commune de Nâves, *Rec.*, p. 806 ; C. E., 16 mars 1896, D. P. 1897.3.52 ; 4 avril 1884, D. P. 1885.3.81 ; 2 mai 1873, D. P. 1874.3.1.

Aussi, lorsque sur ce même domaine privé l'intérêt général exige l'exécution de travaux, l'idée de but, d'affectation, fait réapparaître le caractère de travail public.

Ainsi M. CORNEILLE, dans ses conclusions sous l'affaire Monségur, rapporte un arrêt MERCIER (1) qui reconnaît le caractère de travaux publics à la construction d'une route à travers une forêt communale, c'est-à-dire sur le domaine privé communal, parce que cette route reliant deux voies de communication, épouse en quelque sorte la destination d'utilité publique qui s'attachait à celles-ci.

L'aménagement d'une gendarmerie, bien que les immeubles appartiennent au domaine privé de la commune, constitue également une opération de travaux publics (2).

De même enfin, le but d'utilité publique suffira à faire apparaître des travaux publics dans des opérations effectuées pour le compte de personnes morales administratives même sur des *propriétés privées*. Par exemple, le Tribunal des conflits déclare que sont des travaux publics les travaux effectués à un vannage protégeant une commune contre les inondations de l'Adour, ouvrage construit dans un but « d'utilité générale », « sans que la circonstance qu'ils ont été ou seront effectués sur la propriété d'un particulier puisse modifier ce caractère » (3). Et les mêmes idées inspirent, nous l'avons vu, la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de travaux de déblaiement entrepris dans les régions dévastées (4).

Enfin, les travaux entrepris par les concessionnaires de distribution d'énergie électrique sont des travaux publics, aux termes de la jurisprudence tant civile qu'ad-

(1) 3 juillet 1852, p. 279.

(2) V. C. E., 20 février 1880, Ville de Cannes, D. P. 1881.3.33 ; V. 10 mars 1869, DUPUY CHAFFRAY, D. P. 1870.3.111.

(3) Trib. des Confl., 26 mai 1924, FAUQUÉ, *Rec.*, p. 505.

(4) V. C. E., 13 juin 1928, Société industrielle et agricole de la Somme précitée et les autres arrêts également cités.

ministrative (1). Or, ces travaux sont exécutés sur des propriétés privées, aux termes de la jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat, le concessionnaire étant considéré comme propriétaire du réseau pendant la durée de la concession (2) ; et la preuve de l'inconsistance de tout critérium autre que celui tiré de l'affectation à un but d'utilité publique est fournie par ce fait que des travaux à caractère privé peuvent être exécutés sur le domaine public.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat décide, en vertu d'une jurisprudence fermement établie maintenant, que les canalisations d'eau, de gaz et d'électricité qui se détachent des conduites principales et qui sont situées comme les premières sous la voie publique, — par conséquent dans le domaine public et qui sont aménagées comme celles-ci pour le compte d'une personne morale administrative, — n'en sont pas moins des travaux privés (3).

Toutes ces décisions, que ne pouvait expliquer la théorie qui ne voyait des travaux publics que dans ceux exécutés sur le domaine public (4)-(5), s'éclairent à la lumière de

(1) Cass. civ., 25 avril et 3 décembre 1923, D. P. 1926.1.63 et l'arrêt célèbre du C. E., 22 juin 1928, SIGALAS, D. P. 1928.3.49, Concl. de M. JOSSE.

C'est l'idée d'utilité publique qui a fait reconnaître aux opérations des concessionnaires d'énergie hydraulique le caractère juridique de travaux publics. L'arrêt SIGALAS s'exprime ainsi : « Considérant... que la loi crée au profit et à la charge du concessionnaire un système de droits et d'obligations destiné à assurer dans le présent et dans l'avenir le meilleur emploi de la richesse des cours d'eau dont la puissance publique concède l'usage en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité... »

(2) V. C. E., 8 juin 1928, Communes de Barges, Gesincourt et autres, D. P. 1929.3.45, note de M. BLAEVOET ; V. aussi note de M. PEPY, D. P. 1932.3, p. 43.

(3) C. E., 24 novembre 1924, Administration des Postes, p. 559 ; 21 janvier 1927, Compagnie des Eaux, *Rec.*, p. 94 ; Trib. Confl., 23 mars 1917, S. 1919.3.84 ; Trib. Confl., 23 mars 1907, Roumens, p. 311.

(4) La non-concordance entre les deux notions de domanialité et de travail public est un phénomène très frappant de notions très voisines à l'origine dont l'évolution devient divergente ; V. S. 1922.2.89, note de M. MESTRE, sous Toulouse, 19 février 1919.

(5) V. un arrêt du C. E., 6 août 1910 dont la rédaction laisse voir une application implicite de cette conception : « que l'entretien de cette con-

l'idée d'affectation. Là où l'affectation à un but d'utilité publique est relevée, il y a travail public, et là seulement ; la notion d'affectation suit ou plutôt déclanche celle de travail public. Ainsi est opérée la séparation de l'idée de propriété et de l'idée de but (1).

Ainsi voit-on le Conseil d'Etat décider que les travaux sur des chemins ruraux non reconnus, c'est-à-dire ne faisant pas partie du domaine public, sont néanmoins des travaux publics et que les dommages que cause leur défaut d'entretien, rentrent dans la catégorie des dommages causés par les travaux publics : « Considérant que le ponton dont l'affaissement a causé des dommages à la batteuse du sieur TURQUOIS est situé sur un chemin public de la commune de..., que par suite le conseil de préfecture a été compétent pour statuer sur la réclamation du sieur TURQUOIS » (2).

§ 2. — *Insuffisance du rattachement du travail public à la théorie du service public.*

Longtemps on a pu croire qu'il y avait travail public toutes les fois qu'une constitution devait servir à permettre le fonctionnement d'un service public.

L'arrêt ASTRUC en 1916 refuse de voir dans la construction d'un théâtre pour le compte de la Ville de Paris, un travail public parce que cet ouvrage n'était pas « destiné à assurer un service public ».

M. le Commissaire du gouvernement CORNEILLE expliquait dans ses conclusions, que la théorie particulière

duite [de gaz] située hors de la voie publique constituait un travail privé », D. 1912.3 116.

(1) V. note de M. PÉRY, D. P. 1932.3.43.

(2) C. E., 24 octobre 1917, TURQUOIS, *Rec.*, p. 681 ; V. 20 février 1918, Commune de Lautrec, p. 170. Le Conseil d'Etat reconnaît que les travaux entrepris sur un tel chemin étaient des travaux publics parce que le chemin était « affecté à l'usage du public ».

du travail public n'était qu'un dérivé de la théorie plus générale du service public : la « condition primordiale » pour qu'il y ait travail public c'est qu'il s'agisse « de travaux dont la cause soit l'exécution d'un service public ».

Cette thèse n'est pas fausse, elle peut être simplement jugée incomplète. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat prit soin de rectifier sa formule : il n'y a travail public que quand il y a service public, en ajoutant : que le palais n'était pas *destiné à pourvoir à un objet d'utilité publique*.

C'est reconnaître qu'il peut exister des travaux qui ne sont pas exécutés dans un but de service public mais que *leur but d'utilité générale* permet de les classer néanmoins dans la catégorie des travaux publics.

Plus récemment en 1928, le célèbre arrêt SIGALAS (1) a décidé que les travaux d'un concessionnaire de chute d'eau destinés uniquement à alimenter ses *propres* industries, étaient cependant des travaux publics bien que ces installations n'aient pas pour objet l'organisation et le fonctionnement d'un service public.

C'est de l'idée d'affectation que s'inspire le Conseil d'Etat pour décider qu'il y a travail public. M. JOSSE dans ses conclusions déclare que sont remplies les deux conditions nécessaires et suffisantes pour qu'il y ait travail public : « exécution d'un ouvrage pour le compte d'une personne publique (puisque les ouvrages doivent être construits avec l'approbation de l'Etat, qu'ils doivent faire retour à l'Etat en fin de concession et peuvent être rachetés auparavant) et *ouvrage affecté à l'utilité générale* ».

Quiconque s'attacherait obstinément à lier travail public et service public, ou même affectation et service public, s'élèverait contre la doctrine de cette décision qui émiette à l'extrême les catégories juridiques. Seule permet d'expliquer cette jurisprudence, le rattachement de la

(1) C. E., 22 juin 1928, époux Sigalas c/ Société hydro-électrique du Palais. S. 1928.3.113, note de M. HAURIOU. D. P. 1928.3.49, note de M. PÉRY.

théorie des travaux publics à une notion souple comme la notion d'utilité publique.

§ 3. — *Insuffisance du rattachement du travail public à une procédure ou à des conditions de formes.*

Ne pouvant rattacher le travail public à la domanialité ou au service public qui pourtant constituent des notions, il est clair qu'on pourra encore moins le lier à une procédure *d'expropriation* (1) ou à l'observance de règles de forme telle que la nécessité d'une autorisation régulière des travaux par l'autorité supérieure.

Plus le critérium, cessant de se rattacher à des idées, s'incorpore dans un ensemble de règles déterminées, plus il perd de vitalité et par conséquent de souplesse, qualité indispensable pour rendre compte des éléments hétérogènes que la jurisprudence offre à sa synthèse.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat déclare, depuis longtemps, que les travaux de captage d'une source effectués par le concessionnaire de distribution d'eau potable ont le caractère de travaux publics « bien qu'il n'y ait pas eu expropriation » (2) ; ou encore « que la circonstance que la commune a acquis de gré à gré le droit de disposer de la source et n'a pas recouru à l'expropriation n'est pas de nature à modifier le caractère des travaux » (3).

Un critère tiré de la déclaration d'utilité publique serait d'autant plus inconsistent qu'il y a des déclarations d'utilité publique qui précèdent des opérations ne possédant à aucun degré le caractère de travail public. Ainsi,

(1) La loi de 1841 prévoit en effet l'emploi de l'expropriation pour l'exécution de travaux publics.

(2) C. E., 3 avril 1904, BÉRENGER.

(3) C. E., 1^{er} mai 1895, sieurs TORRHILLON et C^{ie} c/ Ville de Clermont, *Rec.*, p. 206 ; 5 mai 1893, SOMMELET, D. P. 94.3.49 ; 22 février 1897, *Rec.*, p. 121 ; 19 février 1904, *Rec.*, p. 141.

la construction des chemins de fer que les concessionnaires de mines peuvent entreprendre pour l'exploitation des gisements en vertu de la loi de 1810 (1), n'est pas une opération de travaux publics (2).

Il serait encore plus vain de vouloir faire dépendre la qualité de travail public de l'existence de *conditions de formes*, par exemple du caractère des mentions du cahier des clauses et conditions générales ou du cahier des charges. La construction d'un hangar pour le compte d'une administration publique présente le caractère d'un travail public bien que le « contrat se réfère aux conditions générales des marchés de fournitures de la Marine » et non à celles des marchés de travaux publics (3). De même le caractère secondaire du contrat, en particulier la provenance des deniers destinés à solder les travaux, par exemple, le fait pour un entrepreneur de curage de fixer lui-même le salaire de ses ouvriers qu'il recrute librement, n'est pas considéré comme un obstacle à ce qu'il y ait travail public (4).

De même, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation décident que *l'autorisation des travaux* n'est pas une condition indispensable de laquelle dépendra le caractère de travaux publics. C'est bien dans la jurisprudence actuelle un élément secondaire : le fond importe plus que la forme (5). « Le fait que la délibération concernant l'exécution

(1) Articles 43-44 ; V. aussi article 44 de la loi du 27 juillet 1880.

(2) V. C. E., 2 décembre 1904, d'ABONCOURT c/ Société des Hauts-Fourneaux de Denain et d'Anzin ; Trib. Confl., 3 juin 1905, d'ABONCOURT, S. 1906.3.65, note de M. HAURIOU.

(3) C. E., 26 novembre 1924, Ministre de la Guerre c/ VAUVY, *Rec.*, p. 935 ; V. *a contrario* C. E., 17 février 1926, Département de l'Ain, *Rec.*, p. 191.

(4) V. C. E., 12 juillet 1907, Dame LARALLE et MOUYSSET, D. P. 1909.3.13.

(5) La jurisprudence n'a pas toujours été fixée en ce sens. Elle a passé par différentes phases. On exigea d'abord que les travaux pour être déclarés travaux publics aient été autorisés.

V. C. E., 7 janvier 1858, FAYOLLE, *Rec.*, p. 27 ; V. Concl. du Commissaire

de ce projet (construction d'un groupe scolaire) serait entachée de certaines irrégularités ou n'aurait pas été expressément approuvée par l'autorité préfectorale, ne saurait, déclare le Tribunal des conflits, enlever à ces travaux *le caractère qu'ils tiennent de leur objet* (1). Et la Cour de cassation fait dépendre également le caractère de travaux publics de leur objet, c'est-à-dire des conditions de fond (2).

Conclusion.

On arrive donc à cette conclusion : sont des travaux publics d'abord les travaux liés à un titre quelconque au fonctionnement des services publics : travaux de construction ou d'entretien des locaux affectés aux services publics (3), travaux des divers concessionnaires et encore

du Gouvernement BELBŒUF, 28 mai 1868, *Rec.*, p. 613 ; V. C. E., 17 juillet 1874, MONNIER, *Rec.*, p. 696 ; Trib. Confl., 19 mars 1875, COTTIN, *Rec.*, p. 265.

Puis la jurisprudence décida que le caractère des travaux publics ne dépendait de l'autorisation que dans les rapports des entrepreneurs et des tiers ; V. Trib. Confl., 16 décembre 1881, Commune de Plaisance, *Rec.*, p. 1012. Vis-à-vis de l'Administration, l'existence de cette formalité était au contraire indifférente.

Enfin, vers 1893, ces distinctions furent abandonnées et les irrégularités dans l'approbation des travaux furent déclarées dans tous les cas sans influence sur le caractère de ceux-ci ; V. Trib. Confl., 18 février 1893, D. P. 1894.3.34 ; Trib. Confl., 29 juin 1895, RÉAUX, S. 1897.3.49, note de M. HAURIU.

(1) Trib. Confl., 29 juin 1895, RÉAUX, précité ; V. Trib. Confl., 2 mars 1901, LACAILLE, S. 1903.3.111.

(2) Cass. civ., 19 juillet 1922 ; 25 avril 1923, D. P. 1926.1.63 et S. 1924.1.289, note de M. MESTRE : « Le caractère de travaux publics dépend de l'objet des travaux et non de l'accomplissement de formalités qui doivent les accompagner. » V. encore Civ., 1^{er} décembre 1902, Commune de La Faloise c/ LACHAIZE, S. 1905.1.182. « L'appréciation de travaux publics, écrit M. HAURIU, note au S. 1897.3.49, sous l'affaire RÉAUX, doit être diagnostiquée bien plus d'après son objet, c'est-à-dire d'après l'ouvrage public auquel il aboutit, que d'après les formalités qui l'accompagnent. »

(3) C. E., 10 mai 1922, Préfet de la Loire c/ BERGER, D. P. 1925.1.157, travaux concernant un hôtel des Postes ; 27 juillet 1923, Ville de Bourges c/ RAYMOND, D. P. 1926.1.63, travaux concernant des égouts, c'est-à-dire le service public de la salubrité ; 25 avril 1923, Société de l'Est électrique

tous les travaux effectués dans un but d'intérêt général, quelle que soit la personne publique dont-ils prétendent satisfaire les besoins (1), pourvu que la cause de ces travaux soit la destination d'utilité publique, pour reprendre l'expression dont se sert le plus communément le Conseil d'Etat.

Sous cette idée de « destination » réapparaît la notion d'affectation qui commande toute la domanialité publique.

Nous savons que le Conseil d'Etat depuis longtemps se référait au but d'utilité publique implicitement pour décider que les travaux accomplis en vue de la seule gestion du domaine privé des personnes administratives, étaient de simples travaux privés, et pour élever ceux-ci au rang de travaux publics toutes les fois qu'ils étaient affectés à un but d'intérêt général; l'arrêt MERCIER qui fait application de cette idée date du second Empire (2).

Pour que se fasse jour l'idée d'ordonner des solutions jurisprudentielles logiques mais éparses sous une notion

c/ BARDIN, *ibid.*, pose de supports de lignes électriques destinées à fournir la force motrice aux Communes d'un département; 13 mai 1927, JOYEUX, D. H. 1927, p. 371, marchés de déblaiement dans les régions libérées passés par l'Etat; 7 février 1923, Ministre des Travaux publics, p. 122, travaux exécutés pour le service de la navigation; C. E., 24 octobre, 1917, TURQUOIS, p. 681; 3 juin 1921, Commune de Ferrals-les-Montagnes, p. 534; 13 novembre 1908, Dame et sieur PIN, p. 917 concernant divers travaux de voirie.

(1) C. E., 10 mars 1905, *Rec.*, p. 254, lavoirs pour les besoins d'une commune; 31 juillet 1885, TABANON et C^{ie}, c/ Ville d'Evreux, D. P. 86.5.427, abattoirs; 31 juillet 1885, ESCANDE c/ MICHELIER, halles; 1^{er} mai 1895, sieurs TORRILHON et C^{ie} c/ Ville de Clermont, *Rec.*, p. 206; 25 mai 1893, SOMMELET, D. P. 1894.3.49, travaux d'adduction de source; 5 février 1904, PONS, *Rec.*, p. 93, nettoyage d'un pont à bascule pour le poids public; 22 décembre 1876, LAURENT c/ Ville de Paris, D. P. 1877.3.26, nivellement d'un cimetière; Confl., 26 mai 1924, FAUQUÉ, protection contre les inondations, p. 505; 30 mars 1906, D. P. 1907.3.117, enlèvement des boues; 22 mai 1925, sieur BRANDT, p. 513, érection d'un monument aux Morts de la Guerre.

(2) 3 juillet 1852, *Rec.*, p. 279.

unique imprégnée de finalité comme la notion d'affectation, il fallait que se fussent éclaircies les conceptions sur le domaine public ; il fallait surtout que les juristes aient pris conscience de l'importance de l'idée de but en droit administratif.

Aussi voyons-nous le doyen HAURIOU, dans ses notes anciennes au Sirey, au moment même où il hésite entre des critères tirés de la domanialité (1) ou de la théorie de service public (2), entrevoir l'idée de destination, sans parvenir à en faire l'unique fondement du travail public. Particulièrement significative est sa note sous l'arrêt REAUX ; après avoir expliqué qu'il y a travail public toutes les fois qu'un travail est exécuté pour le compte d'une personne administrative en vue d'un service public, il s'exprime ainsi : « la véritable destination de l'opération de travaux publics *serait*, toute opération qui aboutit à la construction d'un ouvrage public, et le caractère public de l'ouvrage *serait* lui-même uniquement déterminé par sa *destination* ».

Voilà pour nous la preuve que l'idée de finalité ne parvient à se dégager dans les règles juridiques que lorsqu'un droit est arrivé à un certain stade de développement.

(1) V. note sous Confl., 10 novembre 1900, Préfet des Bouches-du-Rhône, S. 1901.3.33 : « Certes, ce n'est pas nous qui verrons inconvénient à ce que l'opération de travaux publics soit étroitement rattachée au domaine public »... « Toute dépendance du domaine public, dit-il encore, est un ouvrage public ». il va même jusqu'à déclarer que « cela est très satisfaisant pour l'esprit. »

(2) Note sous Confl., 29 juin 1895, REAUX, S. 1897.3.49.

CHAPITRE IV

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE ET LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Le service public symbolise en France ce qui est d'utilité publique au point que les services publics deviennent « un élément de la vie civile » (1). C'est là une idée née de la Révolution, des efforts entrepris pour disjoindre violemment l'intérêt général de l'intérêt privé, idée qui transférée du plan constitutionnel sur le plan administratif conduit à faire du service public le fondement de celui-ci. « En France à l'heure actuelle, écrit M. JÈZE, le service public est l'idée maîtresse du droit public, toutes les théories juridiques reposent sur la notion de service public » (2).

« L'Etat, écrit DUGUIT, n'est pas, comme on a voulu le faire, et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants » (3). Autour de cette notion, « gravite, dit-il encore, tout le droit public moderne » (4).

Et cependant, nous venons de reconnaître que l'idée de service public ne fournit pas un critérium valable du tra-

(1) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 66, n. 16, en ce sens que les individus se déshabituent de satisfaire à certains besoins auxquels primitivement ils pourvoyaient.

(2) JÈZE, *Revista de drept public*, 1926, p. 161.

(3) *Traité de droit constitutionnel*, 1923, t. II, p. 54.

(4) *Ibid.*, t. II, p. 54.

V. dans le même sens : BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1926, p. 10.

vail public ; nous savons également que l'apparition de la personnalité morale de droit public n'est pas liée à l'existence d'un service public. Pour que la conception qui fait du service public l'élément organisateur des diverses institutions de droit administratif fût exacte, ne faudrait-il pas d'abord que cette notion rendît compte de théories aussi importantes que celles du travail public et de la personnalité morale ?

Il faudrait encore que l'apparition de l'élément service public dans une situation juridique donnée entraînât, comme conséquence invariable, le recours à des procédés de droit public, et partant à la compétence administrative ; autrement dit, que tous les contrats passés pour le fonctionnement d'un service public soient des contrats administratifs et, inversement, qu'aucune prérogative de droit public n'accompagnât une situation d'où est absent l'élément de service public ; qu'en particulier les travaux d'établissement d'une usine hydro-électrique, entreprise privée (arrêt SIGALAS) n'aient pas le caractère de travail public. Variété nouvelle dans la série des concessions, l'arrêt SIGALAS est une variété préjudiciable à l'harmonie de la théorie du service public.

En raisonnant maintenant sur les contrats administratifs, nous allons constater que la notion de service public ne constitue pas non plus un critérium satisfaisant des contrats administratifs.

SECTION I

L'opposition entre le but et la nature du contrat.

Il n'y a plus à distinguer aujourd'hui, entre les contrats administratifs de l'Etat et ceux des personnes morales publiques décentralisées. Les communes ne sont plus

considérées comme des personnes privées (1) et (2). Dès lors, les contrats passés par elles ne sont plus des contrats de droit privé (3), ils rentrent dans la compétence administrative ainsi que les litiges nés du fonctionnement des services publics, que ces services se rattachent au pouvoir central ou se rattachent aux pouvoirs locaux (4).

Par cette extension du champ des contrats administratifs, progresse la notion d'utilité publique.

Des solutions jurisprudentielles, il résulte que la réunion de deux éléments est nécessaire pour qu'il y ait contrat administratif. Il faut d'abord que le contrat considéré diffère par sa nature des contrats de droit privé, ce qui ressortira des clauses exorbitantes de droit commun qu'il comporte.

Il s'agira, par exemple, de clauses attribuant compétence administrative pour les litiges à naître. Sans doute, de telles clauses ne peuvent pas être par elles-mêmes attributives de compétence, puisque les règles de compétence *ratione materiae* sont d'ordre public et que la convention des parties ne peut y déroger. C'est donc seulement comme indice de la volonté des parties, en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles, qu'elle est retenue par le Conseil d'Etat (5). C'est ainsi que le Tribunal des conflits a considéré que le fait par l'administration de déclarer applicables au contrat les règles générales sur les

(1) V. Concl. de M. BLUM, sous C. E., 31 juillet 1912, Société des granits, *Rec.*, p. 909. Le Tribunal des Conflits dans l'arrêt FEUTRY (29 février 1908, D. P. 1908.3.49) adopte l'idée que le contentieux administratif s'étend aussi bien aux actions dirigées contre les personnes locales qu'à celles qui visent l'Etat.

(2) Dans la 9^e édition de son *Précis* (1919), p. 906, le doyen HAURIOU écrivait : « les marchés de fournitures de l'Etat et des colonies sont seuls des contrats administratifs, ceux des départements, des communes et des établissements publics sont des contrats privés. »

(3) V. note de M. ROMIEU, *Revue générale d'adm.*, 1888, II, p. 191.

(4) V. concl. de M. ROMIEU sous C. E., 6 février 1903, *Rec.*, p. 94, Terrier.

(5) V. C. E., 19 juin 1918, Société des Voiliers français, *Rec.*, p. 597.

marchés de la guerre, constitue une clause exorbitante du droit commun (1).

Il faut, en second lieu, que le contrat ait pour but de permettre le fonctionnement d'un service public. Mais cet élément de service public ne sera pas, à lui seul, la preuve qu'il y a contrat administratif ; il ne devient déterminant que s'il est appuyé par des preuves intrinsèques montrant qu'il y a recours à des procédés de droit public.

Il existe, en effet, un très grand nombre de contrats conclus par l'administration dans les mêmes conditions que le ferait un particulier et qui pourtant ont pour but de permettre le fonctionnement d'un service public ; il s'agira, par exemple, de la location d'immeubles pour installer une gendarmerie, un bureau de poste : ces contrats seront des baux ordinaires relevant en tous points du droit commun (2).

Dans cette catégorie de contrats, l'idée de destination et de finalité est en quelque sorte primée par la nature privée du contrat. La jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Tribunal des conflits sont constantes à cet égard. C'est ainsi que le Tribunal des conflits décide que les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître du dommage causé par un incendie survenu dans un local loué par une ville à l'Etat et mis à la disposition de l'autorité militaire pour y loger des réservistes. Dans ce litige M. le conseiller FEUILLOLEY concluait ainsi : « le local a été mis à la disposition de l'autorité militaire... par un accord entre lui (le représentant de l'autorité militaire) et la municipalité de Bernay. Il s'est ainsi formé entre les parties un véritable contrat très nettement caractérisé

(1) Tribunal des Conflits, 17 juillet 1923, Société des magasins généraux, S. 1926.3, p. 131.

(2) M. ROMIEU, dans ses conclusions lors de l'affaire Terrier, déclarait « Il demeure entendu qu'il faut réserver pour les établissements publics et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. » S. 1903.3.83.

par un concours de volontés, par le *duorum in idem placitum consensus* du droit romain. En l'espèce, un contrat innommé mais incontestablement *un contrat de droit civil* qui donne naissance de part et d'autre à des *obligations de droit commun* » (1). De même, le Tribunal des conflits a décidé que la jurisprudence administrative était incompétente pour statuer sur des contestations soulevées à propos de l'exécution d'un marché passé par une commune et ayant pour objet des fournitures à livrer dans les mêmes conditions qu'en droit privé. Dans ce procès, M. BLUM concluait : « La commune a passé dans les conditions du droit commun un *contrat d'un type nettement déterminé par le Code civil, qui est purement et simplement un contrat de vente* » (2).

De même encore, les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger une contestation, entre l'Etat et le propriétaire d'un immeuble loué à celui-ci pour installer une caserne de gardiens de la paix, contestation née à l'occasion du paiement du loyer (3).

Ces exemples de jurisprudence montrent qu'il n'est pas possible de suivre le doyen DUGUIT lorsqu'il écrit : « Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est *le but de service public* en vue duquel il a été fait » (4).

En définitive, ce sera le rôle du juge de déterminer « dans quels cas on se trouve en présence d'un service public avec ses règles propres, ou, au contraire, d'actes qui, *tout en intéressant la communauté*, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé » (5).

(1) Trib. Confl., 4 juin 1910. Compagnie d'assurances « Le Soleil », S. 1912.3.154.

(2) Trib. Confl., 31 juillet 1912, Granits porphyroïdes.

(3) Trib. Confl., 15 novembre 1913, *Rec.*, p. 1116.

(4) Cité par M. SUDRE, *La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats*. Thèse Paris, 1928, p. 42.

(5) Concl. de M. ROMIEU, sous C. d'Etat, 6 février 1903, Terrier, *Rec.*, p. 97.

D'une manière générale, lorsqu'il s'agit de pourvoir à des besoins d'intérêt public pour lesquels la législation organise un régime de service public, le choix s'offre à l'Etat et aux collectivités ou bien d'adopter les modes de contracter du droit civil, ou bien de passer des contrats administratifs selon les modes du droit public (1). Ce qui nous intéresse spécialement c'est que la considération du service public n'oblige pas l'administration à user du procédé du contrat administratif. « Il peut se faire, déclare M. ROMIEU, que l'administration tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, *dans l'intérêt d'un service public proprement dit*, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique (2). » « Il demeure entendu, disait-il encore, qu'il faut réserver pour les établissements et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions.

Comment la jurisprudence va-t-elle déterminer dans quels cas les personnes administratives ont entendu faire fonctionner le service public « avec ses règles propres et son caractère administratif », ou au contraire, ont entendu employer « la forme de la gestion privée » en se maintenant dans les conditions du droit commun ?

Un principe est posé très fermement par les commissaires du gouvernement : c'est que l'on s'attachera uniquement à la nature du contrat, conséquence logique de cette idée qu'il se trouvera des contrats qui, tout en intéressant la communauté emprunteront les formes du droit privé.

Dans ses conclusions dans l'affaire Sociétés des granits (3)

(1) V. JÈZE, t. III, p. 307.

(2) Concl. sous C. E., 6 février 1903, *Rec.*, p. 94.

(3) C. E., 31 juillet 1912, précité.

s'agissant de la fourniture de pavés à la Ville de Lille, M. le commissaire du gouvernement BLUM déclarait : « Quand il s'agit de contrats, il faut rechercher, *non en vue de quel objet le contrat est passé*, mais *ce qu'est ce contrat d'après sa nature même*... Il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat par lui-même et par sa *nature propre*, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer ; qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif... Il s'agit de rechercher non pas si la fourniture sera ensuite *destinée* ou *affectée* à un *service public*, mais si le marché considéré en lui-même, présente ou non les caractères du contrat administratif » (1).

C'est encore d'après leur nature et non d'après leur but que M. CORNEILLE établit, dans ses conclusions dans l'affaire Fromassol, une hiérarchie entre les différents marchés afférents à des services publics (2).

En 1930 les Chambres réunies de la Cour de cassation précisent que la compétence en matière de marchés de fournitures passés par les départements est subordonnée à la condition « que la *nature du contrat* ne lui donne pas un caractère administratif » (3).

Jurisprudence curieuse, si on y réfléchit, puisqu'elle néglige le *but* de l'acte qui est le service public pour ne s'attacher qu'à sa *nature*. L'idée finaliste d'affectation que nous avons reconnue si apte à fournir un critérium du travail public au chapitre précédent, va-t-elle se trouver maintenant rejetée de la technique juridique ? C'est ce que nous allons étudier en recherchant à quels signes la jurisprudence reconnaîtra qu'un contrat est, « par nature », un contrat administratif.

(1) V. dans le même sens les conclusions de M. RIVET dans l'affaire Société des affréteurs réunis, C. E., 23 mai 1924, *R. D. P.*, p. 387.

(2) V. C. E., 3 décembre 1920, FROMASSOL, *R. D. P.*, 1921, p. 73.

(3) Ch. réun., 26 février 1930, Société méridionale et algérienne des vins, *D. P.* 1931.4.85.

SECTION II

Le contrat administratif « par sa nature ».

Des arrêts du Conseil d'Etat et des conclusions très étudiées qui les accompagnent on peut dégager l'idée générale suivante (1) :

La jurisprudence se fondera pour décider qu'il y a contrat administratif sur des indices tenant à la texture même de la convention et qui s'analysent en des clauses exorbitantes du droit privé. Tantôt il s'agira d'une soumission du contrat à un cahier des clauses et conditions générales où se marque la prérogative de la puissance publique, où même il s'agira d'une simple référence aux règles de tel contrat nettement administratif ; c'est ainsi, déclare le Tribunal des Conflits, que l'insertion d'une clause rendant applicables les règles des marchés de la guerre fait d'un contrat de louage d'immeuble, un contrat administratif (2). Tantôt, une disposition expresse du contrat attribuera compétence à la juridiction administrative pour les difficultés qui pourraient s'élever entre le fournisseur et l'administration ; ou bien encore, on rencontrera des clauses relatives aux nécessités des services publics : horaires, tarifs pour les entreprises de transport, par exemple. Dans d'autres cas, enfin, il s'agira de l'une des nombreuses clauses dérogatoires au droit commun c'est-à-dire au droit privé, que recèlent les cahiers des clauses et conditions générales des administrations publiques ou des cahiers des charges de divers marchés.

C'est ainsi qu'à côté de dispositions, en faveur de l'entrepreneur ou de son personnel pour assurer le bon fonc-

(1) V. JÈZE, III, p. 309 ; V. MESTRE, *Cours de doctorat*, 1930-1931.

(2) Trib. des Confl., 17 juillet 1923, Société des Magasins généraux, S. 26.3, p. 131.

tionnement des services publics, des charges sont imposées aux co-contractants de l'administration : fournir une caution personnelle tenue d'assurer le service au cas d'empêchement du fournisseur ; application de la règle de l'*intuitus personae* qui emporte interdiction de sous-traiter, pénalités diverses pouvant aller jusqu'à la mise en régie aux torts de l'entrepreneur ; insertion de clauses dans l'intérêt financier de l'administration ; enfin droit de celle-ci de modifier les conditions du marché, si l'intérêt général l'exige. Pour décider de la nature du contrat, le Conseil d'Etat s'attachera aussi à l'immixtion du fournisseur dans la gestion du service. Ainsi, dans l'arrêt Société des granits, il relèvera à l'occasion de la livraison de pavés à la ville de Lille que l'opération de pavage, bien que constituant au premier chef un service public municipal, ne s'est point accompagnée d'une « coopération » (1) du fournisseur et de ses agents à la gestion d'un service public (2). Le contrat s'est limité à la livraison d'une fourniture, remarque le commissaire du gouvernement, après quoi tout lien juridique cesse entre la commune et son co-contractant ; par conséquent « aucun rapport » ne s'est noué entre le fournisseur et le public. Dans ces conditions, la commune est présumée avoir choisi pour contracter les modes du droit privé « comme un particulier effectuant auprès d'un entrepreneur quelconque une commande de matériaux pour son usage privé ».

En règle générale, le juge s'il ne relève dans la convention qui lui est soumise aucune règle exorbitante du droit commun, présume que le normal l'emporte sur l'anormal, le contrat de droit privé sur le contrat de droit public, la compétence judiciaire sur la compétence administrative. C'est d'ailleurs sur cette idée qu'était déjà assise la distinction des actes de puissance publique et des actes de

(1) C'est l'expression employée par le Commissaire du Gouvernement, M. BLUM dans ses conclusions dans cette affaire. V. *R. D. P.*, 1914, p. 145.

(2) V. dans le même sens : C. E., 26 mars 1918, DESHAYES, p. 322.

gestion posée par LAFERRIÈRE comme le fondement de la répartition des compétences (1).

Le Conseil d'Etat décidera, par exemple, qu'une vente de poteaux à abattre, faite par l'administration a été formée « dans les conditions du Code civil », parce qu'elle « n'a inscrit dans l'acte *aucune clause soumettant cette vente à un régime juridique spécial* » (2). Il n'y a donc là qu'une « vente ordinaire » suivant l'expression de M. CORNEILLE concluant dans cette affaire. Au contraire, la référence à un cahier des clauses et conditions générales dans un marché de fournitures de madriers à la Ville de Paris, sera pour le Haut Tribunal une clause dérogatoire au droit commun des contrats privés, entraînant compétence administrative (3). En 1928 le Tribunal des Conflits déclare que les contrats de fournitures communaux constituent, à moins de disposition législative contraire, des contrats de droit privé quand ils ne contiennent pas de clauses dérogeant au droit commun (4).

Les *contrats d'affrètement* conclus pendant la guerre dans un but de défense nationale, nous offrent un exemple saisissant de la mise en œuvre du critérium fondé sur les caractères intrinsèques du contrat, c'est-à-dire sur la présence et sur l'appréciation des circonstances exorbitantes du droit commun qui peuvent l'affecter. Un contrat d'affrètement conclu dans les formes accoutumées de ces contrats, en droit maritime, ne constituera pas un contrat administratif. Dans ces conditions le Conseil d'Etat relèvera que la

(1) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, t. I, p. 484 : « on doit considérer comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent à ce titre les facultés des citoyens. Ces facultés qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration *lorsque celle-ci fait, en vue d'intérêts généraux* ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. »

(2) V. C. E., 22 décembre 1922, LASSUS, *Rec.*, p. 984.

(3) V. C. E., 4 août 1927, Soc. des Etablissements Charmasson, p. 948.

(4) V. Trib. des Confl., 1^{er} mai 1928, TEMPLIER, p. 544.

compagnie de navigation co-contractante de l'Etat « *ne participait d'aucune manière à l'exécution d'un service public* » (1).

Mais des indices de la volonté des parties contractantes de recourir aux modes du droit public, peuvent-ils être relevés ? Aussitôt le contrat devient administratif. Le juge notera, par exemple, que le propriétaire d'un bateau réquisitionné s'est engagé à assurer le ravitaillement d'un poste de défense, c'est-à-dire à coopérer au service de la défense nationale (2).

Les mêmes observations peuvent être tirées des *contrats d'assurances* passés pendant la guerre par les armateurs avec l'Etat en raison des risques de torpillage. Lorsque la loi du 19 avril 1917 (3) eut déclaré l'assurance *obligatoire*, — laquelle n'était faite auparavant que facultativement par l'Etat — pour protéger la marine marchande contre les risques accrus de la guerre sous-marine, le Conseil d'Etat releva que le pouvoir pour l'Etat de déterminer la valeur assurée, de fixer la fraction qui serait payée en cas de perte, les conditions de remploi imposées aux armateurs pour l'obtention du complément de l'indemnité, constituaient autant de traits « différenciant le fonctionnement de ce service de celui des assurances privées » et donnaient à ces contrats, qui sous le régime antérieur (4) étaient de pur droit privé, le caractère de contrats administratifs (5).

(1) C. E., 7 mars 1923, *Hellenic Transport Steamship Co, Rec.*, p. 222. *R. D. P.*, 1923, p. 431.

(2) Trib. des Confl., 7 novembre 1922, *MANON, Rec.*, p. 794.

(3) L'indemnité n'était payée en cas de perte totale que jusqu'à concurrence de 75 % ; les 25 % restants ne devaient être versés que s'il y avait remploi des 75 % versés.

(4) La loi du 10 avril 1915 créait bien un service public d'assurances, mais le Conseil d'Etat se déclarait incompétent pour connaître de ces contrats en décidant que « dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'Etat se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire. » C. E., 23 décembre 1921, *Société générale d'armement, Rec.*, p. 1109.

(5) V. C. E., 23 mai 1924, *Société les affréteurs réunis, Rec.*, p. 498.

On peut voir encore un indice de contrat administratif « dans les complications » des procédés juridiques par lesquels le gouverneur d'une colonie recrute le personnel dirigeant d'un chemin de fer colonial qui inclinent le juge à « exclure toute idée de rapprochement avec une organisation industrielle particulière » (1).

SECTION III

Service public et utilité publique.

Lorsque la jurisprudence du Conseil d'Etat recourt à l'examen des diverses clauses d'un contrat pour juger de son caractère administratif et le soustraire à la compétence judiciaire, elle manifeste par cette méthode sa tendance à juger de la nature des contrats selon la dose d'intérêt général telle qu'elle s'exteriorise dans ses éléments internes, bref à rattacher son critérium à une *notion*. Si la jurisprudence du Haut Tribunal parle de « service public », l'expression, loin d'être employée dans un sens technique, indique seulement la volonté des parties contractantes d'user des procédés du droit public comme mieux adaptés à la satisfaction de l'intérêt général.

Nous constatons une fois de plus que la notion d'utilité publique *organise* le droit au sens le plus élevé du terme, sans textes, sans rattachement à des éléments secondaires, mais grâce à son contenu de finalité.

La même tendance va s'observer dans un des contrats administratifs les plus caractéristiques : la *concession de service public*.

Contrat administratif par excellence, puisqu'il vise essentiellement à faire fonctionner un service d'intérêt général qui a été organisé en service public, la concession

(1) V. Concl. de M. RIVET dans l'affaire LAFREGEYRE, C. E., 26 janvier 1923, *Rec.*, p. 67.

de service public est, par nature, orientée vers un but d'utilité publique d'où découlent actuellement tous ses caractères. Mais, il est intéressant de remarquer, pour qui étudie le jeu des techniques en droit administratif, que ce contrat sur lequel la puissance publique marqua toujours son emprise, ne fut rangé dans les contrats administratifs que par le moyen de ce que nous appellerons des expédients, par voie oblique. On rattachait la concession de service public au marché de travail public, on isolait ainsi un élément du contrat et non le plus important, — l'élément ouvrage public — pour qu'il donnât son caractère à toute l'opération : on pourrait dire, renversant l'adage : le principal suivait l'accessoire. Or, si les cas où les deux opérations : marché de travail public et concession de service public s'accolent, sont les plus nombreux (1), il existe également des contrats de concession de service public purs : le sieur THÉRON (2) était adjudicataire de la concession sur le territoire d'une ville, de la capture des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes. Or, il n'y a là aucune construction d'ouvrage à faire, ni de travaux d'entretien d'ouvrage à exécuter, remarquait M. le commissaire du gouvernement PICHAT (3). Dans d'autres hypothèses et faute de pouvoir lier l'opération à la théorie des travaux publics, on se rattachait à un simple texte, comme en matière de concession du service des pompes funèbres (4).

Actuellement, au contraire, le Conseil d'Etat, en présence de nouvelles espèces de concessions, ne se relie plus à des théories fragmentaires, encore moins à des textes, mais à la notion d'utilité publique, en tant qu'elle imprègne les modalités de la concession. Dès lors, ce n'est plus le

(1) V. JÈZE, t. III, p. 348. Cet ensemble porte alors le nom de contrat de concession de travail public.

(2) C. E., 4 mars 1910, THÉRON, *Rec.*, p. 193.

(3) V. également C. E., 16 décembre 1921, SASSEY, *Rec.*, p. 1062.

(4) Décret, 18 mai 1806, art. 15.

juge des travaux publics (le Conseil de Préfecture) qui est compétent, mais le Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative en premier et dernier ressort. On a vu à propos de l'affaire Thérond, que M. Pichat s'est attaché à distinguer le contrat formé de la concession de travail public. La même évolution s'est produite en matière de marchés de fournitures des personnes morales administratives autres que l'Etat ; la jurisprudence a fait rentrer ces contrats dans la compétence administrative non à titre de marchés de fournitures et sur le fondement d'un texte, — l'article 13 du décret du 11 juin 1806 (1), — mais en vertu de la théorie générale des contrats administratifs (2).

Remarquons que l'imprécision de la terminologie du Conseil d'Etat en la matière est déjà un indice que l'idée de service public n'est pas une notion une, emportant toujours le même déroulement de conséquences juridiques. Tantôt l'expression de service public est l'équivalent de système d'organisation administrative coordonnée en vue d'un besoin d'intérêt général particulièrement important, c'est-à-dire que le Conseil d'Etat donne à l'expression son sens technique précis (3) ; ainsi on parlera du service de

(1) Art. 13 : « Les marchés de fournitures à faire à l'Etat seront jugés par notre Conseil d'Etat » ; les nécessités militaires inspirent visiblement ce rattachement à la juridiction administrative.

(2) V. les affaires TERRIER et THÉRON. M. HAURIU dans sa note sur l'arrêt TERRIER (S. 1903.3.17) signalait, à propos de la compétence cette tendance du droit administratif à s'organiser sur des notions : « Il y a en réalité trois questions sur le tapis depuis trente ans, celle du juge de droit commun en matière administrative ; celle de l'extension de la compétence administrative aux litiges suscités par les opérations de la vie communale ou départementale, et enfin celle de l'extension de cette même compétence aux litiges suscités par l'exécution des services publics ; ces trois questions sont liées l'une à l'autre par un *principe secret*, à savoir qu'il doit exister un contentieux administratif *spontané*. » Cette spontanéité se marquera dans toutes les situations juridiques comportant une certaine dose d'utilité publique.

(3) C. E., 28 décembre 1923, PIERRET, *R. D. P.*, 1922, p. 99. « Par des mesures législatives et réglementaires prises successivement au cours de la guerre, le commerce des céréales et des farines a été transformé dans l'intérêt de l'alimentation de l'armée et de la population civile, en véritable service public. »

l'instruction publique, des services publics communaux. Tantôt, le Conseil d'Etat désignera par l'expression service public une simple fourniture ou prestation au public même si elle est accomplie d'après les règles du droit privé (1). D'autres fois, il accole service public et utilité générale, prenant service public comme synonyme d'utilité publique (2).

Quoi qu'il en soit de ces variations de terminologie, un point est certain, c'est que l'idée de service public est intimement liée à celle de procédé de droit public, ce qui n'est que la traduction juridique de ce fait que l'intérêt général prime l'intérêt particulier.

En matière de contrat, on a vu que cette idée de service public s'analysait en la présence de clauses spéciales exorbitantes du droit commun. Elle s'analysera en matière de concession :

a) Dans la règle du *fonctionnement régulier et continu des services publics*, au maintien de laquelle veille assidûment le Conseil d'Etat (3). On sait l'application qu'il a faite de cette idée en matière d'imprévision, en décidant que le concessionnaire, quelle que soit la gravité des difficultés qu'il rencontrait dans l'exécution de son contrat, ne devait en aucun cas cesser l'exploitation du service public auquel il était préposé. « Le service public est fait pour donner satisfaction régulière et continue à des besoins collectifs... la continuité est de l'essence du service public », déclarait M. le commissaire du gouvernement Cor-

(1) V. C. E., 23 décembre 1921. Société générale d'armement (*Service national d'assurances maritimes*).

(2) V. C. E., 12 mai 1922, Ville de Saint-Malo, *Rec.*, p. 413 ; V. observations de M. JÈZE, *R. D. P.*, 1914, p. 183 ; « L'immeuble dont il s'agit n'étant pas destiné à assurer un service public ni à pourvoir à un objet d'utilité publique... ».

(3) V. 18 juillet 1913, Syndicat national des Chemins de fer, *Rec.*, p. 875 « Le fonctionnement régulier et ininterrompu [du service des chemins de fer] est, à toute époque, indispensable à la sécurité du territoire et à la défense nationale. »

NEILLE dans l'affaire Société d'éclairage de Poissy (1 et 2).

Cette condition de régularité et de continuité dans le fonctionnement du service public est susceptible d'entraîner les conséquences les plus étendues en temps de crise, si bien, écrit M. JÈZE, « qu'il est impossible d'énumérer par avance toutes les conséquences de cette idée, elles n'apparaissent qu'au fur et à mesure des événements » (3). Ce sera au juge d'apprécier l'opportunité des prestations supplémentaires demandées par l'administration et d'obliger celle-ci à rétablir par voie d'indemnité l'équilibre du contrat. Le co-contractant de l'administration est plus sévèrement traité que le co-contractant des situations de droit privé en raison de l'intérêt général en jeu, explique M. le commissaire du gouvernement TARDIEU dans ses conclusions dans l'affaire Compagnie des Messageries Maritimes (4). Autant de caractéristiques du contrat administratif ;

b) En second lieu l'idée de service public s'analysera dans le droit appartenant à l'administration, — souverain juge des besoins d'intérêt général, — de *modifier* à tout instant l'organisation du service. Le concessionnaire ne peut alors se protéger en invoquant la notion civiliste de contrat contre ce fait du prince et c'est à cette idée que nous avons vu M. ROMIEU se référer pour savoir si les caisses des écoles étaient, ou non, des établissements publics : Si les caisses des écoles « étaient... un établissement public..., si elles étaient une branche d'une administration publique, un des rouages d'un service public... les modifications du régime de service public dont elles font partie intégrante, entraîneront nécessairement une modification correspondante dans leur organisation

(1) C. E., 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, *Rec.*, p. 121 ; *R. D. P.*, 1918, p. 246.

(2) Les auteurs formulent des idées analogues ; V. DUGUIT, 1^{re} édit., t. I, 1911, p. 98 ; 2^e édit., t. II, p. 54 ; HAURIOU, 9^e édit., p. 44.

(3) V. t. III, p. 305.

(4) C. E., 29 janvier 1909, *Rec.*, p. 116.

propre... les statuts ne sauraient dans aucun cas prévaloir contre la loi » (1).

A quel critérium reconnaîtra-t-on qu'il y a service public ? C'est uniquement, pour M. JÈZE, en recherchant l'intention des gouvernants (2). M. CORNEILLE dans l'affaire ASTRUC (3) reconnaît l'impossibilité de donner une définition *ex cathedra* du service public ; « c'est là, dit-il, une notion en quelque sorte subjective » qui « dépend pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service » (4).

Conclusion.

Pour nous, la notion d'utilité publique constitue, sous les apparences variées que présentent les clauses exorbitantes du droit commun, le critérium du contrat administratif. Nous ne pouvons, en terminant, mieux faire que de citer les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE dans l'affaire Société du gaz de Poissy (5) où le savant magistrat, opposant intérêt privé et intérêt général, dégage de cette opposition la nature propre de ces contrats : « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des

(1) V. Concl. ROMIEU, sous C. E., 22 mai 1903, Caisse des écoles, *Rec.*, 395 ; V. Concl. ROMIEU, sous C. E., 29 décembre 1905, BALDY, *Rec.*, p. 1019 : « La puissance publique peut toujours, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre les mesures d'autorité réglementaires ou fiscales qu'elle estime nécessaires, en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir » ; V. C. E., 27 juin 1913, CORNUS, *Rec.*, p. 765 ; les droits des fonctionnaires résultant de telle situation ne peuvent faire obstacle au droit de l'administration de réorganiser le service.

(2) V. *Revista de drept public*, 1926, p. 174.

(3) 7 avril 1916, *Rec.*, p. 164, *R. D. P.*, 1916, p. 373.

(4) L'arrêt THÉRON, 4 mai 1910, *Rec.*, p. 497, met en relief l'intention de la ville d'organiser un service public : « La ville en passant ce marché, ayant agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population, et ayant eu dès lors pour but d'assurer un service public... »

(5) C. E., 8 février 1918. S. 24.3.3.

intérêts tout restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif en général. Et alors toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire... Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun ; c'est la logique et, par suite, c'est le droit ».

On ne peut affirmer plus catégoriquement que c'est la notion d'utilité publique qui attire un contrat dans le champ d'action du droit public.

DEUXIÈME PARTIE

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE
CRITÈRE DE LA LÉGALITÉ
DES ACTES ADMINISTRATIFS

INTRODUCTION

CRITIQUE DU MOTIF D'UTILITÉ PUBLIQUE ET RECHERCHE DU FAIT SOUS LE PREMIER EMPIRE. INFLUENCE DU DROIT INTERMÉDIAIRE

L'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat montre que le Haut Tribunal est parvenu, à des époques très inégales, à la recherche du motif d'utilité publique. Il y est arrivé en certains domaines dès son origine, alors que la catégorie des actes discrétionnaires a été fort longue à détruire en matière de permissions de voirie, et jusque vers 1913 les refus de permissions n'étaient pas susceptibles d'être critiqués par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Nous ne prétendons évidemment pas présenter un tableau d'ensemble des causes qui expliquent ces variations. Nous voulons seulement, à l'aide des anciens décrets et ordonnances rendus par le Chef de l'Etat, en Conseil d'Etat, tenter d'en expliquer certaines.

C'est en matière de *police des eaux* que le Conseil d'Etat a recherché le plus tôt, croyons-nous, si les mesures imposées par les préfets étaient ou non conformes à l'intérêt général.

Pour cela, sa méthode consista à s'appuyer sur des lois révolutionnaires : les lois du 20-24 août 1790, du 28 septembre-6 octobre 1791, desquelles résultaient les droits

de police de l'administration ; fort de ces textes il étendait de plus en plus ses investigations par une sorte de *vis imperatoria* qui était en lui.

Il reconnaissait à l'administration compétence pour statuer sur des contestations occasionnées par les réparations aux digues des cours d'eau en cas de menace d'inondations, lorsqu'il s'agissait de l'exécution d'actes administratifs qui avaient ordonné ces travaux (1). Et il visait les lois précitées de 1790 et 1791.

Il décidait, de même, que c'était à l'administration et non aux tribunaux judiciaires de prescrire la destruction des ouvrages bâtis sans autorisation qui gênent les usines supérieures (2), et il se référait encore à la loi du 6 octobre 1791 sur la police rurale.

C'est sur le même texte (3) qu'il se fondait pour décider

(1) V. arrêté des Consuls, 6 messidor an X, commune de Denguin c/ MA-REUX, V. Leb., t. I, p. 12.

(2) 11 août 1808 (décret) BAREILLE c/ PLUMAIL, Leb., t. I, p. 134 : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 du titre 3 de la loi du 6 octobre 1791 sur la police rurale l'administration seule est chargée de veiller à ce que les eaux soient à une hauteur qui ne nuise à personne. » LEBON en note ajoute la loi du 16-20 août 1790, chapitre 6.

D'autres fois, la décision ne visera pas le texte révolutionnaire, se bornant à déclarer qu'« une telle violation des lois et règlements doit être réprimée ». Le support jurisprudentiel est abandonné, on ne retient plus que la règle qu'il a servi à former ; V. un arrêté des Consuls du 30 frimaire an II, HAUCK, Leb., t. I, p. 20.

(3) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v^o Moulins, § 7, article 4, explique que la permission pour bâtir un moulin sur une rivière non navigable ni flottable est « dans l'usage assez généralement regardée comme nécessaire ». Comme le démontre la dissertation de SIREY, explique-t-il, t. 22, partie II, p. 72, elle paraît avoir sa source dans le droit que l'article 16, titre II de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 attribue aux administrations départementales de fixer la hauteur à laquelle les propriétaires de moulins doivent tenir leurs eaux. A titre d'application MERLIN cite un décret du 11 novembre 1811 maintenant avec des restrictions de police l'établissement d'un moulin, et un décret du 17 messidor an XII, article 2, portant « personne ne pourra à l'avenir établir ou réparer sur aucune rivière du ci-devant Piémont ni moulin ni barrage pour en faciliter l'écoulement... sans avoir rempli toutes les formalités ordonnées par l'arrêté du Directoire exécutif du 19 ventôse, an VI... »

qu'une autorisation administrative était nécessaire pour la construction d'une usine (1). LEBON, dans une note sous une décision MONATÉRY, indique bien le rôle d'attraction joué par les lois révolutionnaires en la matière : « Aucune loi n'impose expressément, dit-il, au constructeur d'une usine, l'obligation de solliciter l'autorisation, mais on la déduit des lois des 20 août 1790 et 6 octobre 1791 (2) qui chargent l'autorité administrative de veiller à ce que les eaux ne nuisent à personne et soient profitables à tous les riverains » (3).

D'autres fois, il se réfère tacitement à cette législation lorsqu'il s'agit d'étendre aux parties non navigables des rivières ou aux canaux de navigation la surveillance de l'autorité administrative contre l'autorité judiciaire qui se déclare compétente pour statuer sur les difficultés issues de travaux effectués par des particuliers (4) ; pour décider qu'en accordant l'autorisation d'établir un moulin sur un cours d'eau non navigable, l'administration ne peut porter atteinte à l'intérêt général représenté par les droits d'usage et de propriété des riverains (5) ; ou pour ordonner la destruction de travaux qui entravent l'écoulement des eaux (6).

Dans tous ces cas, en effet, le préfet prononce sur une *question qui intéresse le droit public* (7).

(1) 28 février 1809 (décret), MONATÉRY. Leb., t. I, p. 165 ; V. dans le même sens un arrêté des Consuls du 30 frimaire, an II, HAUCK. Leb., t. I, p. 20, précité.

(2) LEBON fait le même rappel sous 17 janvier 1812, LERANGOT c/ MORDRET, t. I, p. 315.

(3) CORMENIN, *Questions de droit administratif*, t. II, p. 358, note que l'Administration n'intervient que dans l'intérêt général des riverains, de l'industrie et de la salubrité. Le Préfet peut et doit refuser l'autorisation par motif d'intérêt public et la question ne peut devenir contentieuse ; il cite un arrêt BERNARD du 13 août 1823 ; V. encore GARNIER, *Régime des Eaux*, t. II, 145.

(4) 12 juillet 1806, MARGUERIT (décret). Leb., t. I, p. 45.

(5) 30 août 1814 (arrêt), POTOINE et autres. Leb., t. I, p. 524.

(6) 5 janvier 1813, BLANC (décret). Leb., t. I, p. 387.

(7) BLANC, 5 janvier 1813, précité.

§ 1. — *Distinction de l'intérêt général et de l'intérêt privé.*

Insensiblement, le Conseil d'Etat en vint à appuyer sa recherche du motif d'intérêt général sur les lois révolutionnaires qui fondaient ainsi le droit de police de l'administration.

C'est ainsi qu'il procède pour décider que les contestations entre deux particuliers ne concernent en aucune façon l'utilité publique et, partant sont de la compétence des tribunaux judiciaires (1).

C'est ainsi qu'il décide que les autorisations d'usines en rivière, qui doivent être appréciées au regard de l'intérêt général, représenté par l'intérêt de la police des eaux, de l'agriculture et de l'industrie, « présentent, sous ce point de vue, des questions administratives qui doivent être portées successivement devant le préfet, notre ministre de l'Intérieur et notre Conseil d'Etat » ; et le Conseil d'Etat fait bien la part de l'intérêt général et de l'intérêt privé : « que dans l'espèce la question d'utilité était subordonnée à une question de propriété qui a été renvoyée purement et simplement aux tribunaux ». En conséquence, les constructions effectuées en rivière après jugement du tribunal civil, sans autorisation de l'administration, sont « une entreprise sur laquelle il appartenait au préfet de prononcer comme sur l'autorisation définitive » (2).

Les tribunaux civils ne statueront que s'il s'agit de « la manière dont quelques particuliers doivent jouir d'une portion des eaux de la rivière », c'est-à-dire s'il s'agit d'un *pur intérêt privé* (3).

(1) 28 avril 1807, DIÉGO-DITTNER c/ CHAILLOU (décret). Leb., t. I, p. 78.

(2) 17 janvier 1814, ITIER c/ MAROU (décret). Leb., I, p. 496.

(3) 10 septembre 1808, SOBIRATS et consorts (décret). Leb., I, p. 142, et LEBON en note rappelle encore les lois du 20-24 août 1790 et du 28 septembre, 6 octobre 1791, titre I, section I, article 4.

Dans le même sens voir l'arrêt BAREILLE c/ PLUMAIL, précité et 16 août 1808, DUPLAN DE SIEVÈS (décret). Leb., I, p. 137.

C'est à l'administration seule qu'est réservée l'appréciation de l'utilité publique et le Conseil d'Etat, statuant comme Tribunal des Conflits, recherche sur le fondement implicite des textes révolutionnaires si les litiges dont connaît l'autorité judiciaire ne portent pas sur un intérêt public.

Il décidera, par exemple, que s'il appartient aux tribunaux de statuer sur les conditions d'exécution de transactions intervenues entre particuliers touchant l'usage des eaux d'une rivière non navigable, ces tribunaux sont incompétents pour ordonner des travaux sur le cours d'eau, surtout lorsque ceux-ci porteraient atteinte à d'autres travaux prescrits par l'administration en sa qualité de juge de l'intérêt général : « considérant que la Cour de Rouen, en déclarant que l'arrêté du ministre du 21 juillet 1807 n'avait pas été rendu par mesure de police mais par voie contentieuse entre particuliers *dans leur intérêt privé*, a erré dans le fait puisque cet arrêté n'était que la reproduction de celui du préfet ; qu'il résulte de ce dernier arrêté ainsi que du rapport de l'ingénieur en chef que la mesure ordonnée avait pour but de faire droit sur les plaintes des riverains, de rendre au public l'usage d'un chemin dont il était privé par l'inondation, et aussi de rendre à un ruisseau le cours qu'il avait perdu ; *que ces motifs étaient d'intérêt général, tenaient à la police administrative*, et se trouvaient par conséquent *hors du ressort des tribunaux* ». Suit le rappel traditionnel des lois révolutionnaires. « Que les lois, notamment celles de 1790 et de 1791... en laissant aux tribunaux à prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre particuliers sur les cours d'eau non navigables ni flottables, font sortir ces contestations de leur attribution quand il s'agit de prononcer sur la hauteur des eaux, sur les travaux à faire dans les rivières pour fixer cette hauteur, et aussi quand il s'agit de la *police* de ces mêmes eaux » (1).

(1) 11 décembre 1814 (arrêt), PETIT c/ Veuve OUTIN. Leb., I, p. 549 ; V. 19 mars 1808, BONNEFOI c/ SERVE (décret). Leb., I, p. 118.

Du même principe que c'est à l'autorité administrative seule qu'est réservé de pourvoir à l'utilité publique, résulte cette conséquence que la compétence attribuée au Conseil de préfecture en matière de contravention de grande voirie « est uniquement relative aux contraventions qui auraient lieu *au préjudice de l'intérêt public*, mais que celles qui *n'intéressent que des parties privées* sont nécessairement du ressort des tribunaux ordinaires » (1).

On voit donc comment s'élabore progressivement la jurisprudence sur la recherche du motif. Elle part des droits de police attribués à l'administration par la loi de 1790 et de là, par raisonnement déductif, délimite d'abord la compétence judiciaire. La marche du raisonnement est très nette par la disposition matérielle des visas et des considérants dans un arrêt BECCARDIT c/ RESSEGUIER (2) : « Vu la loi du 6 octobre 1791 et les articles 644 et 643 du Code civil... considérant que s'il appartient à l'administration de fixer la hauteur à laquelle doivent être tenues les eaux qui alimentent les moulins... c'est aux tribunaux à prononcer sur le droit d'usage auquel le propriétaire d'un terrain, etc... » (3).

Par là même, le Conseil d'Etat *recherche ce qui est d'intérêt général et ce qui est d'intérêt privé*, et s'il omet de citer le texte, la filiation des idées n'en est pas moins significative.

C'est ainsi qu'il décidera, *sans autre précision*, que s'il y a lieu de réparer un pont qui fait communiquer une ville avec des hameaux, le préfet ne peut pas faire un rôle d'imposition ou de répartition sur les particuliers, la dépense étant à la charge de la commune au titre de dépense d'in-

(1) 25 avril 1812 (décret), BRASSAC c/ les propriétaires du moulin de Beauvais. Leb., I, p. 339 ; V. CORMENIN, *Questions de droit administratif*, v^o *Cours d'eau*, n^{os} 12 et 21 ; V. 28 juillet 1819, JOURDAIN ; 9 janvier 1828, MONGENET ; Cass., 18 mars 1825. D. 1825.1.447.

(2) 15 octobre 1809 (décret). Leb., I, p. 200.

(3) V. encore 28 novembre 1809 (décret), GIPAULON c/ LAULANIÉ et PARSAC. Leb., I, p. 206.

térêt général (1) ; que de même on ne pourra obliger un particulier à reconstruire un mur de soutènement sur le bord d'une rivière « n'ayant d'utilité que pour lui » ; mais, si le principe d'intérêt public l'exige, si, par exemple, une partie de ce mur menace ruine, on pourra le contraindre à démolir partiellement celui-ci (2).

Bien plus, en matière de police des eaux, le Conseil d'Etat va jusqu'à appuyer la notion d'ordre public sur la loi du 6 octobre 1791. Les frères LEDAULT, pour alimenter une usine qu'ils venaient de construire, détruisirent pendant la révolution le déversoir du moulin de Néhau appartenant à l'Etat et détériorèrent un chemin public ainsi que des propriétés riveraines. Le Conseil d'Etat décide que le préfet, dans le but de conserver la viabilité du chemin et de protéger les riverains, peut légitimement ordonner l'abaissement du déversoir : « considérant que le préfet du département de la Manche s'est exactement renfermé dans les bornes de sa compétence administrative en statuant *conformément à la loi du 6 octobre 1791 sur ce qui intéressait l'ordre public* et en renvoyant les parties à se pourvoir devant les tribunaux pour la discussion des *intérêts privés* » (3).

§ 2. — Critique du but de l'acte administratif.

Enfin, le Conseil d'Etat parvient à la critique non dissimulée du « motif d'intérêt général » lorsqu'il examine dans quel but ont agi les préfets ; il se livre en définitive à une recherche de la *cause* de l'acte administratif. C'est ainsi que le préfet sera reconnu agir dans la limite de ses pouvoirs, c'est-à-dire en vertu d'une *juste cause* lorsque, pour empêcher la déperdition des eaux, il intervient dans un débat entre deux

(1) 7 octobre 1807 (décret), Hameau de Pré-l'Evêque c/ Ville de Troyes. Leb., I, p. 105.

(2) 20 novembre 1817, SAUNIÉE (ordonnance). Leb., I, p. 591.

(3) 20 novembre 1815, BUHOTEL c/ LEDAULT (ordonnance). Leb., I, p. 592.

usiniers et ordonne la construction d'un barrage (1).

S'il prescrit la suppression de vannages, il faut que celle-ci soit réclamée par l'utilité publique ; le Conseil d'Etat notera que « le vannage d'irrigation du sieur OUTIN ne nuit pas à la voie publique ni aux propriétés riveraines ; que dès lors il ne s'agit pas... de prononcer sur une question de voirie et *dans un intérêt général* » (2) ; « que l'Etat ni le reste des propriétés riveraines *n'ont d'intérêt* dans la contestation », relèvera encore le Conseil d'Etat pour renvoyer devant l'autorité judiciaire (3).

§ 3. — Recherche du fait.

Mais le prétexte d'intérêt général ne saurait toujours légitimer les mesures ordonnées par le préfet. Le Conseil d'Etat se réserve le pouvoir d'examiner si ses prescriptions *dans les circonstances où elles ont été prises*, constituent une manifestation opportune et légitime de ses pouvoirs. « Considérant que si le déplacement des digues... *a pu paraître déterminé par des considérations d'intérêt général*, il n'appartenait pas néanmoins au préfet d'ordonner l'exécution d'une semblable mesure au détriment des particuliers qui invoquaient en leur faveur des titres anciens et une possession centenaire, *sans avoir pris toutes les précautions et rempli toutes les formalités prescrites par les lois et notamment par la loi du 14 floréal, an XI* » (4).

On voit là la recherche du motif se doubler d'une *recherche du fait*.

(1) 20 novembre 1815, LEMOINE c/ CHARPENTIER (ordonnance). Leb., I, p. 594. « Que le Préfet d'Eure-et-Loir a cru devoir *par des motifs d'utilité publique* intervenir dans la contestation existant entre le sieur LEMOINE et le sieur CHARPENTIER. »

(2) 25 mai 1811, héritiers OUTIN c/ VAUQUELIN (décret). Leb., I, p. 277. V. dans le même sens : 4 juin 1815 (décret). Leb., I, p. 577.

(3) 2 juillet 1810, veuve LENOBLE c/ MIOMANDRE (décret). Leb., I, p. 353.

(4) 14 juillet 1811 (décret), habitants de Montgard c/ commune des Houches. Leb., I, p. 286.

C'est encore à cette recherche du fait que se livre le Conseil d'Etat dans un arrêt VOILLEREAU c/ MOIRON, non plus cette fois pour apprécier la légalité de l'action préfectorale, mais pour trancher un débat entre acquéreurs de prés nationaux bordant une rivière navigable (1).

Ces décrets ont le grand intérêt de nous montrer que dès le début de son histoire la juridiction administrative impériale s'est livrée, en matière de police des eaux, à une recherche des motifs d'intérêt général et à un examen des faits, qui nous donnent l'image d'une jurisprudence que le Conseil d'Etat de nos jours n'a fait que développer.

§ 4. — *Cette jurisprudence s'explique par l'importance des travaux parlementaires sur la police des eaux à l'époque révolutionnaire.*

Ces décisions qui s'échelonnent de 1806 à 1815 ne peuvent s'expliquer, selon nous, que parce que la matière de la police des eaux a été à l'époque révolutionnaire l'objet d'une activité parlementaire très remarquable. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir le rapport présenté par le député ARNOULT au nom « des Comités féodal, des domaines, de l'agriculture et du commerce sur les fleuves et rivières, les îles et alluvions et la pêche », le 23 avril 1791 (2).

Après avoir montré comment l'ancien droit méconnaissait l'idée d'utilité publique en matière fluviale « confondant administration et propriété », après avoir rappelé les privilèges des seigneurs et les contrats de droit privé qui sous des noms divers mettaient dans le commerce l'usage de l'eau, le rapporteur établit le droit de la nation sur les fleuves et rivières, biens « qui ne peuvent être la propriété exclusive de personne », et il tire de leur carac-

(1) 18 août 1807, VOILLEREAU c/ MOIRON (décret). Leb., I, p. 94.

(2) V. *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. XXV, p. 315.

rière d'utilité publique des conséquences qui sont comme autant de prototypes des espèces que jugera dans les âges suivants notre juridiction administrative :

a) Tout d'abord, déclare ARNOULT, « personne ne peut s'approprier les eaux des fleuves soit en les obstruant soit en les énervant par des barrages, soit en les occupant par des usines ». De là sortira le droit de l'administration d'autoriser les ouvrages en rivières.

b) « L'agriculture doit proscrire avec soin tout ce qui peut gêner cette grande et importante *destination* ». On entrevoit sous ce mot que les pouvoirs de police qui seront dévolus au préfet devront être conformes à l'intérêt du libre écoulement des eaux et de leur salubrité.

c) Un « concessionnaire », quel qu'il soit, ne pourra aliéner le droit qu'il détient sur le cours d'eau car « les fleuves étant nécessaires au service de la nation » toute aliénation contraire à cet important objet est essentiellement abusive et nulle. On situe sous cet ensemble d'idées toute la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la précarité des permissions et autorisations sur le domaine.

On comprend, en raison des idées de droit public très neuves qui s'agitent dans ce débat, que les anciens décrets et ordonnances rendus en Conseil d'Etat se soient élevés, grâce au support des lois révolutionnaires, jusqu'à une critique toute moderne du motif d'intérêt général, à une époque où le droit administratif est bien loin d'être constitué, où le contentieux ignore, pour de longues années encore, l'ouverture pour détournement de pouvoir.

Qu'avait-il besoin de ces techniques alors que les travaux des assemblées révolutionnaires avaient formé un courant d'idées de droit public qui était devenu peu à peu « l'esprit du Conseil » (1).

(1) *En matière de petite voirie*, le Conseil d'Etat pouvait également étayer sa jurisprudence naissante sur des lois du droit intermédiaire ; les lois du 23 messidor an V et du 9 ventôse an XIII, donnent à l'administration,

Conclusion.

De cette étude jurisprudentielle, il résulte que dès le début de l'Empire le Conseil d'Etat se fondant explicitement ou implicitement sur des lois spéciales de l'époque révolutionnaire — lois du 20-24 août 1790, loi du 6 octobre 1791 sur la police rurale — qui se bornent à poser le droit de police de l'Administration en certaines matières, en arrive :

1^o à rechercher si les motifs de l'acte administratif sont dirigés dans le sens de l'utilité publique, faisant ainsi application de l'idée que généralisera en 1901 l'arrêt *PAGÈS*, cherchant dans le motif d'intérêt général la mesure

c'est-à-dire aux Préfets la mission « de rechercher et de reconnaître les anciennes limites des chemins vicinaux », d'en fixer la largeur, de proposer leur suppression pour cause d'inutilité, le tout sauf recours au ministre de l'Intérieur et ensuite au Conseil d'Etat. Tout naturellement, le Haut Tribunal n'appliqua cette législation que dans les cas où il y avait vicinalité reconnue, c'est-à-dire utilité publique ; d'où, dans les premiers décrets rendus en Conseil d'Etat, une *discrimination minutieuse des situations où l'utilité publique est engagée et de celles où un simple intérêt privé est en jeu*. Les tribunaux ne pourront fixer la largeur des chemins, car c'est là matière administrative (1). Par contre, ils seront compétents pour juger de la suppression de simples sentiers ne présentant aucune utilité publique (2). Et le Conseil d'Etat se réserve de décider si tel chemin est vicinal ou non (3), en examinant *en fait* sa destination (4).

C'est à l'autorité administrative seule, en qualité de gardienne de l'utilité publique, qu'il appartient de faire la déclaration de vicinalité (5), de réclamer l'exécution de mesures de police contenues dans un arrêté qui met en vente des remparts désaffectés (6).

Eventuellement, le Conseil d'Etat recherchera, en se livrant à l'examen des faits, si l'intérêt général exige une dérogation aux clauses des contrats d'adjudication dont il a à connaître (7).

(1) 16 août 1808, *DANIELON c/ LEBARREC* (décret). Leb., I, p. 138.

(2) 3 janvier 1813, commune de Nuisement-sur-Coole c/ *DAMAS* (décret). Leb., I, p. 385 ; V. aussi 23 avril 1818, *JACQUIN* ; 24 janvier 1814, *REYNECOM* ; V. les très nombreux arrêts cités dans *CORMENIN : Questions de droit administratif*, t. I, p. 466, note I.

(3) 4 juin 1809, *CHABRIE c/ commune de Villeneuve* (décret). Leb., I, p. 183 ; 7 août 1810, *BONNET* (décret). Leb., I, p. 230 ; *CASS.*, 27 Germinal an IX. D. 2, 1093 ; 21 octobre 1824, *Journal du Palais*, 1825, t. 2, p. 545.

(4) V. 15 mai 1813 (décret) commune d'Esclaron c/ *RICHALET*, Leb., I, p. 444 : « Considérant que le terrain dont il s'agit ne peut être considéré comme chemin vicinal... que c'est seulement un terrain d'aisance destiné au passage des bestiaux et à l'écoulement des eaux pluviales. »

(5) 23 novembre 1813, *DAPSENS c/ commune de Tournay* (décret). Leb., I, p. 488 ; 6 février 1815, commune de Magné (arrêt). Leb., I, p. 539.

(6) 15 octobre 1809, *HUBERT et consorts c/ DUBUSC et consorts* (décret). Leb., I, p. 199.

(7) 13 octobre 1809, *HUBERT*, précité.

de la légalité des actes administratifs (1), et par là cette ancienne jurisprudence est très précieuse pour l'histoire de l'idée de but dont nous aurons à étudier la place exacte en droit public ;

2^o à fixer les règles de sa compétence et par voie de conséquence celle des tribunaux judiciaires d'après la distinction de ce qui est d'intérêt général et de ce qui n'offre qu'un intérêt privé ;

3^o enfin, nous y voyons le Conseil d'Etat pénétrant dans l'appréciation des faits lorsqu'il y est contraint pour connaître de la légalité des motifs, attitude dont nous savons le caractère encore exceptionnel dans la jurisprudence moderne du Haut Tribunal.

Ce sont, on le voit, des *lois spéciales* dans lesquelles, à l'époque révolutionnaire, se résumait la notion proprement administrative d'utilité publique, qui vont fournir les premières assises à l'appréciation contentieuse des motifs.

Il est très curieux de constater que ces lois administratives fragmentaires, faites pour des situations particulières, ont préparé l'élaboration d'une règle aussi générale que celle formulée si souvent de nos jours par le juge de l'excès de pouvoir, qui tend à faire de *la notion d'utilité publique le critère de la légalité de l'acte administratif*.

Autrement dit, ces lois sont dans notre droit public à l'origine du mouvement jurisprudentiel qui fait de l'élément *finalité* l'élément le plus fécond de l'élaboration du droit. Mais aussi, et par là même, on saisit en quelque sorte en marche, un processus de formation d'une norme juridique en droit administratif, droit non codifié : la règle juridique va prendre son origine dans des solutions concrètes applicables à des cas spéciaux, alors qu'en droit privé, droit codifié, les principes sont antérieurs aux cas d'application.

(1) C. E., 22 mars 1901. PAGÈS, S. 1903.3.73 et la note.

CHAPITRE I

DE LA DISPARITION DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES A LA RÉSERVE DE L'OPPORTUNITÉ (1)

SECTION I.

La disparition des actes discrétionnaires.

La théorie de l'acte discrétionnaire est une de ces théories obscures, témoin du passé où l'administration, s'identifiant aux princes, se pliait mal à la prise du droit administratif alors naissant.

Elle nous apparaît liée aux vieux souvenirs napoléoniens, au prestige de l'administration impériale et de ses préfets qui avaient reconstruit la France ; elle nous apparaît liée aux vieilles défiances révolutionnaires vis-à-vis du juge, fût-il un juge administratif, initié aux méthodes de l'administration active.

Ce sont toutes ces influences qui, inconsciemment, inspirèrent les auteurs anciens du droit administratif dans leurs écrits.

CORMENIN (2) parle « d'affaires purement administra-

(1) Nous laissons en dehors de notre étude la question des actes de gouvernement.

(2) *Droit administratif*, 1840, t. I, p. 206. « De même que le Conseil d'Etat ne peut connaître des affaires civiles, il ne peut connaître non plus des affaires administratives qui appartiennent au pouvoir exécutif, mais seu-

tives qui appartiennent au pouvoir exécutif » et distingue affaires contentieuses et affaires non contentieuses. VIVIEN, dans le rapport (1) qu'il présenta à l'Assemblée Nationale sur la loi du 3 mars 1849, organique du Conseil d'Etat (2), écrit, animé du même esprit : « L'administration exerce des pouvoirs de nature diverse ; les uns sont entièrement discrétionnaires — et il cite sous cette rubrique les nominations aux emplois publics, les autorisations et les injonctions de toute nature — les autres, poursuit-il, sont limités par la loi qui les crée ». Au point de vue contentieux, sa conclusion est très nette : « Quand l'administration exerce une autorité entièrement discrétionnaire, ses décisions peuvent contrarier ceux qui en souffrent, mais elles ne blessent que des intérêts et ne donnent lieu à aucun recours juridique ».

CHAUVEAU (3), FOUCART (4), SERRIGNY (5), ne font que reproduire les distinctions de CORMENIN sous des formules différentes opposant « administration active au premier chef » et « administration active au deuxième chef » ; « administration pure » et « administration contentieuse ».

Le Conseil d'Etat, de son côté, déclare invariablement
lement des affaires contentieuses qui permettent des débats contradictoires. »

(1) Rapporté dans un article de M. MESTRE, Sur les refus de permissions de voirie. *Rev. des concessions*, 1924, 1925, p. 117 et suiv.

(2) L'art. 47 de cette loi des 15, 27 janvier, 3 mars 1849 reprend la distinction des affaires contentieuses et des affaires non contentieuses, à propos du conflit : « Le ministre de la Justice a également le droit de revendiquer devant le tribunal spécial des conflits organisé par l'art. 89 de la constitution (du 4 nov. 1848) les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. »

Il est curieux de constater que cette formule a été reproduite textuellement dans l'art. 26 de la loi toujours en vigueur du 24 mai 1872 réorganisant le Conseil d'Etat.

(3) *Principes de compétence et de juridiction administrative*, t. I, p. 3, 1841.

(4) *Eléments de droit public et de droit administratif*, 3^e édit., t. I, n^o 73, 1843.

(5) *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I, n^o 24, 1865.

que sont irrecevables les recours contentieux formés contre les actes d'administration (1).

LAFERRIÈRE (2) en faisant la théorie du recours pour excès de pouvoir a examiné les actes discrétionnaires qu'il appelle aussi « actes de pure administration » (3). Ce sont, dit-il, ceux que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers et non pour satisfaire à des droits ou à la loi, et il cite comme rentrant dans cette catégorie : « les règlements administratifs faits dans un intérêt général, les mesures de police, les actes de tutelle, les mesures disciplinaires, les nominations et révocations de fonctionnaires lorsqu'il n'existe pas de loi qui fixe leur état et leur droit à l'avancement, les suspensions ou dissolutions de corps administratifs, le refus ou le retrait d'autorisations ou de concessions révocables, et un grand nombre d'autres actes dans lesquels domine également la libre appréciation de l'administration ».

Ces actes, selon lui, ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir sur le terrain des droits acquis et de la violation de la loi, mais non sur celui de l'incompétence ou du vice de forme. Mais, ajoute-t-il, s'ils échappent complètement au recours pour excès de pouvoir, ce n'est pas en raison de leur nature, mais uniquement en raison de leur caractère abstrait, parce que personne n'aurait qualité pour agir contre eux (4).

(1) V. par exemple un arrêt THOMAS, 12 juillet 1871, p. 90, à propos d'un décret autorisant l'expropriation de terrains nécessaires à l'établissement d'un chemin de fer ; V. C. d'Etat, 21 janvier 1815, CARBONNEL, en matière de voirie urbaine : « que les actes purement administratifs... ne peuvent nous être déferés directement... » ; V. dans le même sens : 26 mai 1845, CHAUVIN ; 9 février 1854, CORRE, en matière de grande voirie ; 9 janvier 1832 (ordonnance contentieuse), commune de Monteveraine : « Considérant qu'un arrêté d'alignement pris *dans l'intérêt de l'utilité publique* n'est qu'un *acte d'administration* qui ne peut nous être déferé par la voie contentieuse... » 18 août 1831, Compagnie des Ponts à Paris. *Rec.*, p. 333.

(2) T. 2, p. 423.

(3) P. 425.

(4) HAURIOU reproduit la même opinion dans la 7^e édition de son *Précis*, p. 439, mais ses formules sont empreintes d'un certain vague.

La théorie des actes discrétionnaires n'en avait pas moins ses incohérences, comme tous les systèmes qui se lésardent. Les tentatives de LAFERRIÈRE pour expliquer, par exemple, pourquoi les retraits de permissions de voirie peuvent être révoqués par la voie du recours pour excès de pouvoir alors que les refus ne peuvent pas l'être, en constituent l'aveu implicite (1) ; non moins significative est l'attitude du Conseil d'Etat qui tantôt déclarait irréccevables certains recours contre des refus de permissions, tantôt en accueillait d'autres, mais les rejetait pour des questions de fond (2).

Cette théorie des actes discrétionnaires (3), qui encombra longtemps notre droit administratif, combattue par HAURIOU, MICHOUX et toute la doctrine, céda quand le recours pour excès de pouvoir fut parvenu à ses contours définitifs. Lorsque la violation des droits acquis fut incluse dans le système de l'excès de pouvoir, lorsque l'ouverture pour détournement de pouvoir et surtout celle pour violation de la loi fut introduite dans notre contentieux, lorsqu'enfin, le privilège du silence, prérogative à base de pouvoir discrétionnaire au premier chef, fut rompu par la loi du 17 juillet 1900, les vieilles distinctions précédemment rappelées tombaient d'elles-mêmes, et maintenant c'est un des principes les plus fermes du droit public que tout agissement saisissable de l'administration peut être déféré, par quiconque y a un intérêt, à la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir.

HAURIOU (4) constate que « cette catégorie des actes discrétionnaires a aujourd'hui complètement disparu en ce sens qu'elle n'est plus une cause de non-recevabilité du recours ». DUGUIT explique d'autre part que l'acte discrétionnaire

(1) T. 2, p. 552-553.

(2) 19 mars 1880, Compagnie centrale du gaz, S. 1881.3.67 ; 27 juin 1884, TRIÉ, S. 1886.3.21.

(3) V. RENAULT, *Des actes discrétionnaires*. Thèse Paris, 1899.

(4) 11^e édition de son *Précis*, p. 395.

tionnaire n'existe plus dans le droit d'aujourd'hui (1) (2).

Le Conseil d'Etat, de son côté, a abandonné par degrés cette théorie. Donnons-en quelques exemples.

Il se refusa pendant longtemps à laisser discuter devant lui les motifs des décrets de dissolution de conseils municipaux, mais depuis l'arrêt GRAZZIETTI, la critique de la légalité de ceux-ci est possible par la voie du recours pour excès de pouvoir (3) : le Chef de l'Etat, en prenant un décret de dissolution comme sanction de l'irrégularité des élections, commettait une erreur de droit manifeste (4) (5).

Il en est de même des révocations ou suspensions de maires, à propos desquelles le juge se livre à un examen des motifs et des faits. Il annulera pour erreur de droit la suspension d'un maire prononcée parce que celui-ci a pénétré dans une salle d'école pendant l'heure des classes, alors que le maire tient de la loi un droit de surveillance sur l'école primaire (6). Le Conseil d'Etat annulera encore si une révocation de maire est fondée sur des faits matériellement inexacts, par exemple sur « de prétendues vexations exercées par le requérant à l'égard d'une ambulance privée » (7).

Le Conseil d'Etat, dans ces affaires, précise bien les droits du juge de l'excès de pouvoir : « considérant que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des me-

(1) *Les transformations du droit public*, édition de 1913, p. 206 et édit. 1925, p. 206.

(2) HAURIOU dans sa note sous l'arrêt GRAZZIETTI, 31 janvier 1902, S. 1903.3 113 : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire qui se retrouve dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. »

(3) 31 janvier 1902, GRAZZIETTI, précité.

(4) Nous aurons à reprendre l'étude de cet arrêt à propos de la théorie de la cause.

(5) V. dans le même sens un arrêt HUGOT, 27 mars 1914, p. 399, concernant une dissolution de Conseil municipal opérée par un Gouverneur de colonie et prononcée par ces motifs que le Conseil serait « dans l'impossibilité d'assurer l'ordre public » ; V. également VENDALLE, 18 janvier 1907, p. 44, concernant une nomination de délégation spéciale municipale.

(6) Conseil d'Etat, 28 juin 1912, BOISSELET, p. 740.

(7) 14 janvier 1916. *Réc.*, p. 15, CAMINO.

sures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée ».

Nous verrons également que le Conseil d'Etat, abandonnant depuis 1910 sa jurisprudence antérieure, inspirée de l'idée d'acte discrétionnaire, recherche si les travaux qui font l'objet d'une déclaration d'utilité publique peuvent, ou non, justifier l'emploi de l'expropriation. Sans déborder sa mission, le juge s'approche alors très près de la question d'opportunité qui, nous allons le voir, reste en dehors de ses investigations (1).

Ajoutons que le Conseil d'Etat rejette en 1913 la thèse du ministre de la Guerre qui prétendait que sa décision prononçant la résiliation d'un marché de fournitures et à titre de peine, l'exclusion du fournisseur des adjudications, pour une faute imputable à l'un de ses préposés, constituait un acte purement administratif et n'était pas susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir (2).

M. ALIBERT, résumant l'état de la jurisprudence, écrit (3) : « En présence d'un acte prétendu discrétionnaire, le Conseil d'Etat ne dit plus comme autrefois que cet acte n'est pas susceptible de lui être déféré, ou que ses motifs ne peuvent être discutés, ou qu'en prenant la mesure examinée son auteur n'a fait qu'user de ses pouvoirs légaux. S'il lui arrive de reproduire ces formules, il le fait lorsque le requérant se borne à invoquer des griefs d'inopportunité ; il procède, au contraire, à un examen de la légalité si les requérants allèguent non plus l'inopportunité de l'acte et de ses motifs, mais l'illégalité ou l'inexactitude des motifs ».

(1) 27 avril 1917, p. 335, commune de Venoix, concernant une décharge publique.

(2) 13 juin 1913, *Rec.*, p. 672, SURBOMME.

(3) *Le Contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 279.

Il est permis de voir dans ce large accès vers le prétoire le complément nécessaire des libertés que reconnaît notre droit public depuis la Révolution : liberté de la personne et de l'activité humaine, liberté des contrats, liberté de la propriété.

SECTION II.

La réserve de l'opportunité.

Il ne faudrait pas déduire de ce qui vient d'être exposé que tout pouvoir discrétionnaire est détruit en droit moderne. Cela ne peut pas être, car il est utile, même indispensable, que l'administration dispose toujours d'un certain pouvoir discrétionnaire. L'administrateur doit agir et agir vite (1) ; il faut donc que ses actes se distinguent par leur spontanéité (2). Placée au sein de circonstances de fait qui la déterminent, l'administration seule peut être juge de l'opportunité de ses mesures, et ses mesures sont en quelque sorte les réflexes qu'elle manifeste devant les faits. Le pouvoir discrétionnaire, dans ces conditions, apparaît comme lié au bon fonctionnement des services publics. Autant il est contraire à l'esprit du droit français, imbu de liberté, que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas recevable contre les actes discrétionnaires en raison de leur nature, autant il serait nuisible et inconcevable que le pouvoir discrétionnaire envisagé au sens de la libre appréciation de l'opportunité, fût confisqué au profit d'une juridiction quelle qu'elle soit.

(1) L'administration apprécie le moment d'agir. C. d'Etat, 29 avril 1932, CAYEZ et autres. D. H. 1932, p. 236 : « Considérant qu'il appartient à l'administration d'apprécier le moment où [l'Administration] doit exiger le transfert des cimetières qui se trouvent encore placés au milieu des agglomérations... »

(2) C'est pourquoi M. BONNARD dénie au juge tout pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, *R. D. P.*, 1923, p. 363.

C'est pourquoi, lorsque le Conseil d'Etat a exercé au cours du XIX^e siècle son action moralisatrice sur les actes de l'administration active par le moyen du recours pour excès de pouvoir, il a toujours proclamé son respect pour le pouvoir souverain de celle-ci d'apprécier l'opportunité de ses actes. « Ce qui reste hors de cause, écrit M. ALIBERT (1), ce qui échappe toujours à l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir, c'est l'opportunité des mesures attaquées... Cette réserve faite, tous les actes administratifs sont soumis à un contrôle de légalité. »

Devant la réserve de l'opportunité, expire ce que M. ALIBERT nomme « les procédés d'investigation du juge » (2).

Ce n'est d'ailleurs pas un trait spécial au droit français. La Cour suprême des Etats-Unis proclame le même principe. « L'appréciation de l'opportunité d'exproprier la propriété privée pour un usage public, dit-elle, dans l'un de ses arrêts, n'est pas une question du ressort du juge. Ce pouvoir réside dans la *legislature* et peut être exercé ou bien par celle-ci ou bien être déléguée par elle aux administrateurs » (3).

Notre Conseil d'Etat déclare pareillement qu'il ne lui appartient pas « d'apprécier en elles-mêmes les raisons qui ont motivé dans l'intérêt du service... » telle mesure (4).

Nous pouvons maintenant prendre une exacte connaissance de ce qu'est le pouvoir discrétionnaire (5). Ce n'est

(1) ALIBERT, p. 84, *op. cit.*

(2) P. 50, *op. cit.*

(3) SANFORD J. in *Rindge Company v. county of Los Angeles*, 262 U. S. A cité dans P. FIELD, *A selection of cases and authorities on constitutionnal law*. Chicago, 1930, p. 953.

(4) Conseil d'Etat, 2 juin 1905, de CROZALS, 8 janvier 1909, ROUX.

(5) Le pouvoir discrétionnaire a souvent été étudié en Allemagne :

R. van LAUN : *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig, Vienne, 1910.

TEZNER : *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde*. Vienne, 1924.

STIER-SOMLO : *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung* (Festgabe für Laband, 1908, t. 2, p. 445 et suiv.).

En France, citons : MICHOD : *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*. *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, p. 429.

HAURIU : *Précis*, 11^e édit., p. 340.

GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat juge du fait*. Thèse Paris, 1932, 1^{re} partie.

pas un pouvoir qui imprime à l'acte un caractère tel que celui-ci sera soustrait au contentieux ; dire qu'il existe « un pouvoir discrétionnaire » signifie d'abord qu'il existe un domaine dans lequel la juridiction ne pénètre pas dans l'intérêt même de la bonne marche des services publics : c'est la réserve de l'opportunité. Cette expression désigne en second lieu une manière d'être générale de l'action administrative qui se rencontre avec un caractère plus ou moins accusé dans tous les actes administratifs. MICHOUD écrit (1) : « Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit ».

On conçoit, dès lors, que le pouvoir discrétionnaire est susceptible de bien des degrés dans l'appréciation souveraine des faits. C'est ainsi que lorsqu'un agent de l'administration donne récépissé d'une déclaration — qu'il n'a pas le droit de refuser — ou donne à un particulier telle injonction qui ne peut être imposée que dans telles circonstances, le pouvoir discrétionnaire existe bien en ce sens que l'administration est libre de déclancher son action en appréciant le moment et les circonstances de fait qui vont motiver son acte de volonté (2), et aussi — tâche délicate — lorsqu'elle va choisir quelle catégorie juridique va « vêtir » son pouvoir juridique, catégorie de la faute, notion variable de l'ordre public, etc... Enfin, l'administration peut, même lorsqu'elle est liée par la loi, laisser sommeiller le texte si, ce faisant, elle entre dans la volonté du législateur (3) et, si les abstentions de l'administration sont le plus souvent discrétionnaires, c'est qu'il n'y a pas à la charge de celle-ci une obligation d'agir.

Mais, dans la plupart des cas, la loi lui laissera une dose de pouvoir discrétionnaire plus ou moins large ; à l'inté-

(1) *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*, p. 10.

(2) Il s'agira, par exemple, pour le préfet de déterminer si les ouvrages en rivière sont de nature à entraver le libre écoulement des eaux et à provoquer des inondations ; V. *infra* l'étude de la recherche des motifs.

(3) V. VIVIEN, *Etudes administratives*, 1852, t. 2, p. 331.

rieur des règles de formes ou de fond qu'elle organise, l'administrateur sera souverain juge de l'opportunité.

Etudiant l'obligation de faire en droit public, M. Joseph BARTHÉLEMY écrit (1) : « L'administration doit être libre dans l'aménagement des finances publiques et même, si un crédit est voté, il y a des considérations d'opportunité, de temps et de lieu dont l'administration doit rester seule juge ».

Donc, à un degré plus ou moins fort, le pouvoir discrétionnaire existe dans tous les actes administratifs. Ainsi que le remarquait HAURIOU sous l'arrêt GRAZZIETTI : « il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire qui se retrouve dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives » (2).

Le Conseil d'Etat lui-même respecte cette notion essentielle au fonctionnement des services publics. Citons, par exemple, un arrêt, Général DE LA NOUE (3), annulant une décision du ministre de la guerre relevant un général de son commandement pour le placer en non activité alors que les faits sont inexacts : « Si le ministre de la Guerre, dit le tribunal, est investi, — en ce qui touche le maintien et le non maintien en activité des officiers placés dans le cadre de réserve, — des *pouvoirs discrétionnaires qui comportent une souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service*, il ne pouvait... »

Rien dans la charte d'organisation de cette juridiction — la loi du 24 mai 1872 — ne lui interdisait d'englober dans son examen l'opportunité, mais il s'est fixé lui-même des limites à sa propre compétence.

M. LE FUR (4) est partisan de l'immixtion du juge dans

(1) L'obligation de faire le droit public, *R. D. P.*, 1912, p. 509.

(2) S. 1903.3.113.

(3) 5 juillet 1918, p. 660.

(4) La protection juridique des franchises locales. *Revue générale d'administration*, 1911, t. I, p. 385.

l'opportunité ; HAURIU également (1) ; de même M. RABANY dans une note de la *Revue générale d'administration* (2) ; en sens contraire se prononce M. MICHOUX (3) (4). La Cour de cassation respecte l'opportunité, reconnaissant pleinement le pouvoir discrétionnaire de l'administration active. « Attendu que, déclare la Cour dans un arrêt du 19 mai 1926 (5), si l'autorité judiciaire est compétente pour reconnaître le droit d'un particulier à une servitude de passage constituée sur le chemin de halage d'un canal, elle ne saurait, sans empiéter sur les pouvoirs de l'administration, à qui est réservé le soin d'assurer la conservation du domaine public et l'usage auquel il est affecté, autoriser le particulier à exercer la servitude dans des conditions que l'administration juge incompatibles en fait avec la destination du canal ».

Innombrables sont les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat déclare ne pas pouvoir apprécier l'opportunité des mesures critiquées devant lui.

Il est de principe qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité de la mesure ni le bien fondé des motifs, sauf dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte attaqué.

Dans l'arrêt CAMINO à propos d'une révocation de maire il déclare : « Si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces me-

(1) Note sous CASANOVA, 1901.3.73, sous EMPIS, 1911.3.89 et dans sa « Souveraineté nationale », 1912, p. 72.

(2) 1912, t. I, p. 45.

(3) *Pouvoir discrétionnaire*, p. 33.

(4) Pour les actes de gouvernement, il existe un texte : c'est le Tribunal des Conflits qui est appelé par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 à délimiter les compétences, mais cet article n'a jamais été invoqué en fait et c'est toujours le Conseil d'Etat qui a été amené à limiter lui-même sa compétence.

(5) D. P. 1929.1.28.

sures et d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues (1). »

Par ces formules, on le voit, le Conseil d'Etat porte ses investigations tout autour de l'opportunité. Il recherche les circonstances qui ont précédé et conditionné dans l'esprit de l'agent la décision ; il examine ensuite les conséquences de cette décision et recherche si un lien causal les relie aux circonstances de fait qui ont servi de support à l'opération administrative tout entière.

1^o En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le Conseil d'Etat, depuis l'arrêt LAURENT-CHAMPROSAY, en examinant les faits se reconnaît compétent pour apprécier si les travaux projetés sont de nature à justifier la procédure de la loi de 1841 : « La création d'une place publique, dira-t-il, constitue en elle-même une opération de voirie d'utilité générale et il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier l'opportunité des travaux ainsi autorisés (2) (3).

En matière de travaux communaux, c'est au conseil municipal d'apprécier s'il y a lieu de procéder à l'électrification de la commune et, dans l'affirmative, eu égard aux circonstances de fait et notamment aux possibilités financières, de décider à quelle partie de la commune s'applique la dite électrification (4) (5).

2^o La gestion du domaine public est toute influencée par l'idée d'opportunité. C'est, par exemple, en vertu d'un

(1) C. d'Etat, 14 janvier 1916. *R. D. P.*, 1917, p. 449.

(2) 14 février 1910, LAURENT CHAMPROSAY, p. 117.

(3) V. *infra*, l'arrêt RIVIÈRE et l'appréciation du caractère d'utilité publique dans le chapitre réservé à la recherche des motifs.

(4) 1^{er} mai 1929, GRANDJEAN, *Revue des concessions*, 1928-1929, p. 180.

(5) L'Administration ne peut être obligée à effectuer les travaux publics en vue desquels elle a accepté des offres de concours. C. d'Etat, 29 juillet 1927, Ville de La Rochelle, p. 866.

pouvoir discrétionnaire que l'administration juge de la nécessité de procéder à la délimitation des cours d'eau navigables ou flottables, et les particuliers n'ont aucun moyen de droit pour exiger du préfet cette délimitation : « C'est à l'autorité administrative chargée de veiller à la conservation du domaine public qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu de procéder à la délimitation et l'acte par lequel le préfet se borne à refuser de faire usage du droit de procéder à cette délimitation n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat » (1). Il en serait de même s'il s'agissait pour l'administration de délimiter les fleuves dans leur état ancien (2).

C'est en vertu du même pouvoir que le préfet ordonne la suppression d'un barrage existant sur une rivière au profit d'un moulin s'il risque de provoquer l'enlèvement du cours d'eau et de rendre celui-ci impropre à la navigation (3 et 4) ou la mise en chômage d'un moulin (5). Une jurisprudence ancienne décide que c'est à l'administration qu'il appartient de dire si telle rivière, qui n'a pas été classée parmi les cours d'eau navigables, doit être considérée en fait comme navigable (6) (7), ou de fixer les limites d'un cours d'eau dépendant du domaine public (8), de décider si une dérivation naturelle du lit d'une rivière navigable forme une dépendance du lit principal et fait à ce titre partie du domaine public (9).

Les mêmes pouvoirs appartiennent au préfet pour recon-

(1) 26 octobre 1917, LOITRON, p. 689.

(2) 14 décembre 1859, RICHET.

(3) 10 septembre 1845, VIARD ; 18 avril 1875, BOUQUELON.

(4) 3 décembre 1846, PEYROUSSE ; 30 décembre 1842, LEGUEST.

(5) 23 décembre 1845, VIVENT.

(6) 13 mai 1831, PIERRE, 26 janvier 1860, MOSSELMAN.

(7) V. *Répertoire pratique Dalloz*, v^o *Eaux*, n^o 131.

(8) 4 mars 1843, ALIBERT.

(9) Tribunal des Conflits, 21 juin 1850, DIHINX ; V. *Répertoire pratique Dalloz*, v^o *Eaux*, n^o 44.

naître l'utilité d'un chemin de halage (1), pour en fixer les limites (2) (3 et 4).

D'une façon générale, les tolérances que l'administration accorde touchant la largeur de ces chemins, ne sauraient constituer une abdication de son pouvoir d'apprécier l'utilité de la suppression, si bien qu'elle peut ordonner la destruction des bâtiments élevés sur l'emplacement réservé au chemin de halage (5), et même elle pourrait exiger des riverains d'une rivière navigable le chemin de halage, car son pouvoir d'appréciation ne peut être aliéné par d'anciennes lettres-patentes (6).

Semblablement, dans l'intérêt indiscutable de l'agriculture et de la protection des richesses naturelles du pays, l'administration apprécie souverainement les inconvénients du déboisement (7).

Dans ses conclusions lors de l'arrêt de 1909 (8) sur l'importante question des mutations domaniales, le commissaire du gouvernement M. TEISSIER faisait l'application de ce principe en ces termes : « Cette affectation, disait-il, le mode d'utilisation, comme aussi la gestion de ce domaine, la puissance publique demeure libre de l'organiser au mieux des intérêts collectifs et de l'utiliser pour l'édification de tel ou tel ouvrage destiné lui aussi à la collectivité ».

C'est cette raison : le caractère transitoire des motifs d'opportunité, qui poussait à rétablir en ce qui concerne l'affectation, la théorie de l'unité du domaine qu'il rejetait en ce qui touche la propriété (9).

(1) 26 août 1818, LUCRON.

(2) 26 juillet 1844, GALIFFET, D. P. 1845.3.1.

(3) V. encore 23 décembre 1844, LALLEMAND, D. P. 1845.3.73.

(4) 23 mars 1854, CORNUDET, D. P. 1854.3.41.

(5) Association des Watteringues, 23 décembre 1844, D. P. 1845.3.73.

(6) CORNUDET, précité.

(7) 27 juillet 1917, duc de VALENÇAY, p. 596.

(8) 16 juillet 1909, Compagnie d'Orléans, p. 707.

(9) V. *supra*, ch. II, 1^{re} partie, section II, § 2.

On pourrait trouver aussi dans la matière de la tutelle administrative un excellent exemple d'appréciation de l'opportunité des mesures prises par les autorités décentralisées : « Considérant que le préfet, en vertu des pouvoirs qu'il prétendait tenir de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 a annulé l'arrêté du maire en se fondant sur ce qu'il n'était pas justifié par des considérations d'intérêt général ; considérant que le préfet n'a fait ainsi qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'art. 97 et que l'appréciation qu'il avait faite de l'opportunité de l'arrêté du maire n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux... » (1).

En matière de finances locales, si les administrations peuvent être contraintes de payer par la procédure administrative de l'inscription d'office au budget, cette procédure n'est pas à la disposition du créancier, elle est à la discrétion du préfet ou du chef de l'Etat qui l'emploient au moment du règlement du budget de la commune ou du département si cela leur paraît opportun (2).

3^o C'est vis-à-vis de ses agents, à l'intérieur même de la fonction publique, que l'administration use avec le plus de nuances de sa prérogative de l'opportunité. C'est en cette matière aussi que le Conseil d'Etat nous a semblé délimiter avec le plus de soin le domaine du juge et celui de l'administrateur.

Tout d'abord, la réglementation de la fonction publique appartient exclusivement à l'administration. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt FEDEL (3), a décidé que les fonctionnaires ne sont pas recevables à attaquer sur le terrain de l'opportunité un décret portant conditions d'obtention de grades. L'aménagement des services publics est fait à tout moment par l'administration dans l'intérêt général ; il ne

(1) Conseil d'Etat, 16 mai 1917, p. 247.

(2) C. d'Etat, 26 juin 1908, DARAUX R., p. 689 ; S. 1909.3.129 et la note.

(3) 24 janvier 1919, p. 85.

faut pas que des corps particuliers (les fonctionnaires de telle administration) puissent, par la voie contentieuse, faire triompher leur propre conception touchant l'organisation des services. Il est clair que le dessaisissement par l'administration de son pouvoir discrétionnaire au profit du juge n'aboutit qu'à dresser « l'intérêt de corporation » contre « le bien commun », ainsi que l'exprimaient déjà, les publicistes révolutionnaires.

Pareillement, tel fonctionnaire n'est pas plus recevable à prétendre que telle décision ministérielle qui vient régler une partie de la tâche inhérente à sa fonction n'est pas une sage mesure d'administration (1), qu'un particulier à critiquer le tracé d'un conducteur aérien d'énergie électrique adopté par un préfet, en soutenant qu'il était possible d'éviter qu'il ne passât au-dessus de sa propriété (2).

Il est clair encore qu'en matière disciplinaire le pouvoir discrétionnaire est indispensable à la sanction des obligations des agents publics. L'appréciation des faits qui constituent le manquement de l'agent à la règle de sa fonction et dont résultera l'application d'une peine disciplinaire, dépend au plus haut degré de l'idée d'opportunité et ne peut être discutée par le moyen de l'excès de pouvoir, ainsi que le met remarquablement en lumière l'arrêt récent SARRAIL (3) en matière de révocation : le Conseil d'Etat décide que l'appréciation de moralité d'un fonctionnaire public rentre dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration : « Considérant, est-t-il dit, que la circonstance que les faits relevés à la charge du sieur SARRAIL étaient antérieurs à son admission dans la police municipale, ne pouvait priver l'autorité administrative compétente du droit d'apprécier si ces faits entachant gravement

(1) 24 janvier 1919, BONAFOUS, p. 81.

(2) 17 juin 1931, Demoiselle SIMON c/ Préfet de l'Allier. *Rev. des concessions départementales et communales*, 1930-1931, p. 125 ; V. *id.*, 15 juillet 1931, consorts de BREM c/ Compagnie d'électricité de Limoges, *ibid.*, 1930-1931, p. 131.

(3) 5 décembre 1930.

la moralité de cet agent n'étaient pas par leur nature incompatibles avec l'exercice de la fonction publique ».

De même, le Conseil d'Etat, s'il annule une décision du ministre de la guerre qui relève un général de son commandement pour inexactitude des faits servant de base à cette décision, a soin de réserver en ces termes le pouvoir d'appréciation du ministre en la matière : « Considérant que l'annulation de ladite décision ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que la deuxième décision du ministre de la guerre [par laquelle celui-ci, tout en reconnaissant l'inexactitude des faits, refuse de remettre en activité le requérant] *fondée sur des motifs qu'il lui appartenait d'apprécier* (1)... » « Considérant, dit encore l'arrêt GAZADE (2), que l'appréciation faite par l'administration n'est pas de nature à être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, auquel il n'appartient pas d'apprécier *l'opportunité des mesures disciplinaires régulièrement prises par l'autorité compétente dans l'intérêt du service* ».

La révocation des maires présente des applications du même principe. Citons par exemple un arrêt ODENT (3), où il est dit « qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une mesure prise en présence d'un ensemble de faits dont la matérialité n'est pas contestée ». Nous verrons que si cette matérialité n'existait pas, le Conseil d'Etat se reconnaîtrait cette fois le droit d'annuler pour violation de la loi par erreur de fait. L'arrêt GÉRARD dispose de même que l'opportunité de la mesure ou le bien fondé des motifs ne sauraient être discutés « sauf dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte attaqué » (4).

Le commissaire du gouvernement M. CORNEILLE, dans

(1) Arrêt général de LA NOUE, précité.

(2) 7 février 1919, p. 135.

(3) 22 juin 1917, p. 11.

(4) 5 juillet 1918, GÉRARD, *Rec.*, p. 665.

ses conclusions sous l'arrêt BOISSELET, expose des principes analogues (1). « Vous n'êtes pas juge d'appel de la mesure ; vous n'avez pas à examiner si le motif « donné » valait la suspension ou la révocation, mais c'est seulement devant l'examen de la valeur en fait des motifs que doit s'arrêter votre juridiction ». « Vous devez, poursuit-il, examiner la valeur légale des considérants des arrêtés de suspension ; vous devez rechercher si les motifs donnés par le préfet, à l'appui de son arrêté ne laissent pas apparaître, à la simple lecture, une illégalité, car alors si le préfet, en prenant la mesure a agi en dehors de la loi, a méconnu le texte de la loi, le but de la loi, son arrêté n'est pas juridiquement motivé. »

L'arrêt CAMINO (2) fait application des mêmes idées : « Si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues ».

Le Conseil d'Etat porte donc ses investigations tout autour de la notion d'opportunité, mais sans l'envahir. Il examine les conditions qui ont précédé et conditionné dans l'esprit de l'agent public la décision, mais ne pénètre pas dans ce qu'on pourrait appeler « la raison administrative ». On mesure le chemin parcouru lorsqu'on lit cette jurisprudence où le Conseil d'Etat se livre à l'examen du fait, — et dont nous venons de citer quelques exemples — depuis l'époque où celui-ci, imbu de l'idée d'actes de pure administration allait jusqu'à refuser d'annuler des décisions dont le motif illégal figurait expressément au dossier (3).

(1) V. Conseil d'Etat, 28 juin 1912, *R. D. P.*, 1917, p. 456.

(2) 14 janvier 1916, p. 15.

(3) V. 8 août 1888, TRAVIELLE.

Dans d'autres arrêts, on trouve, pour désigner l'opportunité, des expressions plus brèves comme celle-ci : « Quelles que soient d'ailleurs les raisons qui le déterminent » (1), ou bien encore il est parlé du « bien-fondé des motifs » (2) à propos d'une révocation d'employé municipal ; mais quelle que soit la formule, l'idée est la même : le juge ne recherche pas si les mesures envisagées sont bien celles qu'il convenait de prendre ; il se cantonne dans la recherche de l'exactitude soit matérielle soit juridique des faits sans faire déborder son examen sur l'opportunité de la mesure. Un arrêt ORY montre bien l'attitude à deux temps du juge : « Considérant que l'avis du conseil de discipline est motivé sur des faits de nature à provoquer des mesures disciplinaires, que l'appréciation du bien-fondé des motifs du dit avis n'est pas de la compétence du Conseil d'Etat saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir... »

Tel est ce que nous appelons le premier aspect de la disparition de la catégorie des actes discrétionnaires : celui qui touche à l'acte administratif et à la recevabilité du recours contentieux.

Il est un deuxième problème que soulève cette question si on l'envisage cette fois non plus par rapport à l'acte administratif en lui-même mais par rapport au pouvoir du juge administratif. Celui-ci, bénéficiant en quelque sorte de la décroissance des prérogatives de l'administration, ne va-t-il pas disposer *juridictionnellement* d'une portion du pouvoir discrétionnaire dont les administrateurs disposent *administrativement* ? Il n'y a rien là d'inconcevable. Le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas un recours hiérarchique devenu contentieux (3) ? Le juge d'ailleurs, et non pas seulement les administrateurs, peut posséder

(1) 19 juin 1903, LEDOCHOWSKI, p. 452.

(2) 4 janvier 1930, ORY, p. 4.

(3) Pour M. JACQUELIN il n'est même qu'un recours hiérarchique. *Cours de doctorat*, 1930-1931.

un pouvoir discrétionnaire : « Le pouvoir discrétionnaire de ce juge administrateur a pu se dresser pour brider le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur ordinaire : on n'arrête le pouvoir que par le pouvoir » (1).

Les tribunaux judiciaires (2) disposent bien d'un pouvoir discrétionnaire dans les actes de juridiction gracieuse, tels que les actes par lesquels ils règlent la marche de l'instance, ou fixent les mesures d'instruction. Dans sa fonction proprement juridictionnelle, le juge civil possède un pouvoir d'appréciation indéniable — et nécessaire — pour fixer les peines dans la limite des taux légaux ; en matière civile, il fixera librement la composition des lots dans la limite de l'art. 826 du Code civil ; il concilie, lorsqu'il fait des règlements d'eau, les intérêts de l'agriculture avec ceux de l'industrie (3) (art. 645). D'une manière générale, il doit pour trancher tout litige, rechercher dans quelle catégorie légale viennent se ranger les faits qu'il a recueillis, c'est-à-dire qu'il doit « qualifier » (4) ceux-ci, procéder, disent les Allemands à la « subsumtion » (5). La deuxième partie de sa tâche consistera, lorsque la qualification opérée, il saura par là même quelle règle de droit commande la solution du litige, à déduire de la règle légale les conséquences qu'elle entraîne dans les circonstances de fait considérées. C'est alors qu'il lui faudra se livrer à un travail

(1) HAURIOU. *Précis*, 1927, p. 385.

(2) En France la question du pouvoir discrétionnaire du juge judiciaire n'a guère été abordée ; citons cependant : GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, II, n° 176 bis et H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, II, p. 233.

(3) « Attendu, dit la Cour de cassation, que l'art. 645 du Code civil donne aux tribunaux, en matière de cours d'eau, un pouvoir discrétionnaire... que par ce caractère même leurs décisions en pareille matière échappent au contrôle de la Cour de cassation. » Req., 31 juillet 1907 (D. P. 1908.1.10) ; V. la même formule dans Req., 15 juillet 1897 (D. P. 1898.1.247). Les tribunaux ont également un pouvoir discrétionnaire pour les délais de grâce de l'article 1244 du Code civil ; V. Req., 7 juin 1859. D. P. 1860.1.21.

(4) La « qualification légale des faits... est soumise au contrôle de la C. de cassation » : Civ., 12 janvier 1875. S. 75.1.145 ; Civ., 28 janvier 1879. S. 79.1.358.

(5) V. BOYENS, *Greuze Zwischen Tatfrage und Rechtsfrage*.

d'interprétation pour lequel la loi, le plus souvent, lui laisse une certaine marge de pouvoir discrétionnaire.

Le Conseil d'Etat de son côté — tribunal administratif — associé dès sa naissance à l'œuvre du Chef de l'Etat, n'aura-t-il pas tendance à limiter la libre appréciation de l'administration ? Partant, sa jurisprudence ne va-t-elle pas déborder les cadres traditionnels du contentieux de l'excès de pouvoir ? C'est un problème qui se lie à la question de la recherche du fait et que nous examinerons à sa place.

Cette étude était nécessaire, car elle pose en quelque sorte les deux termes entre lesquels va se mouvoir la critique des motifs par le juge administratif : la disparition de l'acte de pure administration, ou acte discrétionnaire, constitue la limite *a quo* ; le respect de l'opportunité constitue la limite *ad quem*. C'est cette dernière borne que nous allons voir le Conseil d'Etat s'efforcer de reculer par sa jurisprudence sur la recherche du fait au moyen de la notion d'utilité publique qui, dès lors, sort de la catégorie des idées-guides pour devenir un étalon des valeurs juridiques.

CHAPITRE II

L'APPRÉCIATION CONTENTIEUSE DE L'UTILITÉ PUBLIQUE AU MOYEN DE LA CRITIQUE DES MOTIFS PAR LE JUGE DE L'EXCÈS DE POUVOIR

L'appréciation contentieuse de l'utilité publique n'est pas et ne peut pas être pour le Conseil d'Etat, un moyen détourné d'enlever à l'administration active la libre appréciation de l'opportunité de ses décisions.

Il est trop évident, nous le savons, que pour être efficace l'action administrative doit être spontanée.

Si le juge intervient dans cette question longtemps cantonnée dans la matière des actes discrétionnaires, ce sera grâce au recours pour excès de pouvoir qui lui permet d'abord d'examiner la légalité des actes, c'est-à-dire leur conformité à la loi, et en second lieu de scruter les motifs qui ont poussé l'administrateur à agir. S'ils ne sont pas orientés vers le bon fonctionnement des services publics ou s'ils enfreignent quelque une de nos libertés traditionnelles, ces motifs seront censurés par le juge. Dans le premier cas ce sera l'ouverture pour violation de la loi qui va jouer, dans le second ce sera l'ouverture pour détournement de pouvoir.

La violation de la loi, dont nous ne songeons pas à méconnaître la grande puissance d'extension en raison de son contenu même — l'idée de légalité dans l'administration — n'offre pas pour le point particulier qui nous occupe, un intérêt semblable à celui que présente la notion de détournement de pouvoir. Parce qu'il contient une idée

de *but* : subordonner le pouvoir administratif à l'intérêt public, à la « moralité administrative » — le détournement de pouvoir possède une aptitude qui va permettre au juge de pousser ses investigations jusque dans les replis de l'acte discrétionnaire, jusqu'aux abords de l'opportunité.

Le fait pour l'administrateur actif de dire où et quand il y a utilité publique est bien le prototype de la mesure discrétionnaire, et cependant ces décisions de l'administration recouvrent souvent, des illégalités manifestes qui réclament un contrôle juridictionnel.

Nous suivrons la recherche du juge dans deux phases : dans la critique du motif proprement dit, puis dans la critique du motif mélangé de fait, d'une manière plus simple dans la recherche du fait, en second lieu.

SECTION I.

Le principe de la motivation.

L'obligation de motiver est une règle fondamentale (1) qui s'impose en principe à tous nos tribunaux civils ; elle est consacrée par le Code de procédure civile (art. 141), le Code d'instruction criminelle (art. 134, § 2 et 163), et surtout par l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 (2). Ces textes n'obligeaient pas la juridiction administrative si bien que longtemps les décisions rendues en matière contentieuse restèrent sans être motivées, aucun texte n'imposant cette obligation aux administrateurs actifs.

La théorie du ministre-juge, issue de la conception

(1) La Cour de cassation rappelait encore tout récemment cette règle dans un arrêt du 26 janvier 1933, *Préfet de la Somme et autres c/ Soc. Glace et Oxygène* ; V. D. H. 1933, p. 166.

(2) Les arrêts « qui ne contiennent pas de motifs » seront déclarés nuls. Notons que tous ces textes ont subi une interprétation très large ; V. ANDRÉ, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Thèse Paris, 1910, p. 130.

révolutionnaire de la séparation des pouvoirs en fut la cause principale jusqu'à l'arrêt CADOT (1).

On sait que les administrateurs, même actuellement, ne sont tenus de motiver leurs décisions que si un texte formel leur en a imposé l'obligation et le Conseil d'Etat admet que l'absence de motifs dans les décisions du ministre n'est pas une cause de nullité (2).

Pour les Conseils de Préfecture, l'obligation de motiver est prévue par des textes spéciaux ce sont : le décret du 30 décembre 1862 (art. 2), la loi du 21 juin 1865 (art. 9, § 2), la loi du 22 juillet 1889 (art. 48, § 4). Mais bien avant, le Conseil d'Etat exigeait que fussent motivés les arrêtés des Conseils de Préfecture à peine de nullité (3). D'ailleurs il se montre libéral dans la rédaction de leurs motifs ; il permet de rejeter en bloc les divers chefs de réclamations (4) ou de reprendre les conclusions d'une partie pour déclarer les adopter et y faire droit (5).

En 1865, SERRIGNY (6) écrit : « Il n'en est pas de même des décisions du Conseil d'Etat comme de celles de la Cour de cassation. Cette Cour expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle adopte... on sait qu'elle ne craint pas de faire de la doctrine et qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge. Le Conseil d'Etat, au contraire, ne donne presque jamais de motifs développés des arrêtés qu'il prononce ; il décide la plupart du temps la

(1) 13 décembre 1889, S. 1892.3.17.

(2) 30 avril 1880, HAROUËL ; 2 juillet 1880, MAILLARD ; V. LAFERRIÈRE, t. II, p. 458.

(3) 12 décembre 1818 ; 18 juillet 1834 ; V. encore *Rép. Dalloz*, v^o *Jugements*, n^o 924 ; V. 10 janvier 1865, D. P. 1865.3.65 ; 9 mai 1834 : Le Conseil de Préfecture doit répondre à toutes les demandes formulées dans les requêtes ; V. dans le même sens : 6 mars 1872, p. 136.

(4) 19 juillet 1889, ROMÉFORT, *Rec.*, p. 877 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction et des débats que les autres réclamations du demandeur sont sans justification et sans fondement... »

(5) 22 novembre 1907, BLANCHON, *Rec.*, p. 862 ; V. NOËL, *Les motifs dans les décisions des juridictions administratives*, R. D. P., 1924, p. 356.

(6) *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., 1865. Préface.

question par la question... Il faut bien souvent deviner le motif vrai de solutions très justes d'ailleurs ».

LAFERRIÈRE déclare (1) cependant que les décisions du Conseil d'Etat doivent être motivées mais aucun texte n'est venu lui imposer cette obligation. Les décrets du 22 juillet 1806 (art. 27), la loi du 24 mai 1872 (art. 29), le décret du 2 août 1879 (art. 24) modifié par l'article 1^{er} du décret du 1^{er} juin 1910, n'obligent le Haut Tribunal qu'à formuler dans les visas les qualités des parties, à indiquer les pièces du dossier et les textes, et prévoit l'organisation d'un recours en révision en cas d'inobservation de ces prescriptions.

D'une façon générale on relève dans les arrêts du Conseil d'Etat une tendance à la brièveté dans les motifs qui lui vient de l'époque où il ne faisait que préparer les projets de décision du chef de l'Etat.

Encore maintenant, sa mission comparable à celle d'un supérieur hiérarchique dans le recours pour excès de pouvoir (2), explique bien souvent son laconisme.

Les arrêts du Consulat et de l'Empire sont caractérisés par une *imperatoria brevitatis* qui convient à un régime autoritaire fondé sur le principe de la justice retenue (3). « Au Conseil d'Etat c'est le Roi qui parle, qui décide, qui ordonne ; son langage doit être bref, concis, incisif », dit SERRIGNY (4).

Jusqu'en 1830, il en est ainsi (5). Les motifs, toujours très brefs, sont parfois inexistants (6).

(1) 2^e édition, t. I, p. 344.

(2) V. conclusions de M. CORNEILLE sous l'arrêt BALDY, 10 août 1917, *Rec.*, p. 637.

(3) Voir un arrêt du 9 frimaire an XIII, LEVI c/ BLOCH, p. 30 : « Considérant que le Tribunal de police... a excédé ses pouvoirs... »

(4) Préface de son *Traité*, 2^e édition, 1865. Il oppose cette attitude à celle de la Cour de cassation où « ce sont des magistrats qui interprètent la loi et doivent rendre raison aux justiciables de leurs décisions. »

(5) Et cela, malgré la loi du 20 avril 1810 qui fait aux tribunaux judiciaires une obligation de motiver leurs décisions.

(6) V. 22 frimaire an XIII, communes de Lille, Douai et Cambrai, *Rec.*,

Les progrès dans le soin apporté à la motivation des arrêts au cours de la Monarchie de juillet et sous le Second Empire aboutissent, avec l'avènement de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872, à une motivation plus ample dans toutes les affaires qui ne rentrent pas dans l'excès de pouvoir. Si bien qu'actuellement le Conseil d'Etat motive de plus en plus hardiment, sans se départir toutefois d'une certaine crainte de se lier par des précédents, attitude que relevait déjà SERRIGNY (1), et qui rentre dans ce qu'on peut appeler sa « manière jurisprudentielle ».

L'obligation de motiver ne pèse sur tel acte administratif que si une disposition législative ou réglementaire le prévoit formellement, et le Conseil d'Etat relève que les textes n'exigent pas que telle décision fût motivée (2) ; mais le seul fait pour l'agent public de ne pas motiver l'acte qui doit l'être, en vertu d'un texte, entraîne automatiquement une présomption de non conformité de l'acte à la compétence de l'agent et partant au but d'intérêt général en vue duquel elle doit s'exercer. Le Conseil d'Etat annule immédiatement sans rechercher si l'agent n'a pas, en fait, poursuivi un but d'utilité publique (3).

Ainsi, le vice de forme qui résulte de l'omission des motifs est présumé constituer l'indice d'un vice de fond, une présomption de preuve que la décision intervenue dans un but autre quel'intérêt général, est entachée de détournement de pouvoir. Rien là d'anormal puisque les règles de formes sont en droit administratif comme en droit privé — dans le droit actuel comme dans le droit ancien (4) — des règles protectrices du fond, « des garanties offertes aux

p. 31 ; 28 messidor an XIII, GAUTHEY, *Rec.*, p. 37 ; 25 thermidor an XIII, LEDANOIS, *Rec.*, p. 37 ; 20 juin 1806, commune d'Écrameville, *Rec.*, p. 44, cités par NOEL, p. 365, note 1 ; V. aussi à propos des demandes d'autorisations de poursuites contre les fonctionnaires : 10 février 1816, BRUNI, *Rec.*, p. 7 et NOEL, p. 367.

(1) Préface de son *Traité*, 20^e édition, 1865.

(2) 7 juillet 1816, LEVI, *Rec.*, p. 279 ; 8 mai 1914, DOUCHET, *Rec.*, p. 550.

(3) V. C. E., 22 janvier 1892, MAILLET, *Rec.*, p. 40.

(4) Exemple : le formalisme à Rome,

intéressés, au public, à l'administration elle-même, contre les décisions hâtives ou insuffisamment étudiées » (1).

En droit administratif moderne, l'obligation de motiver est imposée de plus en plus par des lois et règlements récents, et il faut voir dans cette tendance du droit administratif un moyen de « lier » la compétence des agents publics, de s'assurer que ceux-ci, ainsi que l'écrit M. JÈZE, n'exercent leur compétence que « déterminés par un but d'intérêt public » (2). M. JÈZE voit dans cette acquisition récente du droit administratif une marque de « l'objectivation » croissante de la fonction publique, qui tire de moins en moins ses règles des idées d'assujétissement personnel, même à forme de « loyalisme » (3), envers tel régime ou tel gouvernement.

Il est d'un grand intérêt pour nos recherches de constater une fois encore qu'un progrès du droit administratif si important, — puisque sur l'obligation de motiver va se greffer une critique contentieuse de l'acte qui « moralisera » l'administration (4), — est due à l'influence de la notion d'utilité publique, notion fécondante au premier chef, dont nous nous attachons à étudier le rôle dans la construction du droit administratif.

Nous ne rechercherons pas à quelle condition le motif invoqué dans l'acte est licite. L'étude des vices divers qui peuvent affecter le motif de l'acte administratif sortirait des cadres de notre recherche (5), et d'ailleurs, ces vices indéfiniment changeants ne sont pas susceptibles d'une classification rigide (6). Nous examinerons seulement comment la jurisprudence du Conseil d'Etat fait de la notion

(1) LAFERRIÈRE, 2^e édition, 1896, t. II, p. 520.

(2) JÈZE, *Principes*, t. III, p. 219.

(3) *Ibid.*, p. 219.

(4) Note de M. HAURIOU, S. 1917.3.25.

(5) V. pour une ébauche de cette étude JÈZE, *Principes*, t. III, p. 226.

(6) JÈZE, *eod. loc.*

d'utilité publique la mesure en quelque sorte automatique de la légalité des motifs.

SECTION II.

La recherche du motif d'utilité publique.

Le Conseil d'Etat définit le détournement de pouvoir, l'usage par l'administration de son pouvoir « pour des motifs autres que ceux en vue duquel ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service » (1), et M. HAURIOU adopte la formule.

M. ALIBERT parle des « desseins » de l'agent administratif (2), M. le doyen BERTHELÉMY de « l'objet » des actes administratifs (3).

Quelle que soit la terminologie employée, l'idée est bien claire : il s'agit d'une déviation dans le *but* auquel doit tendre l'activité administrative, déviation sur laquelle insiste déjà LAFERRIÈRE (4) et que l'arrêt PAGÈS définit en ces termes énergiques : « l'administration ne doit se décider que pour des motifs tirés de l'intérêt général » (5).

C'est donc par rapport à la notion d'utilité générale, notion éminemment finaliste — les définitions que nous venons de citer le montrent assez — que l'appréciation des motifs sera entreprise par le juge de l'excès de pouvoir.

Mais c'est là une attitude jurisprudentielle qui ne s'amorce qu'au début du XIX^e siècle. Longtemps, en effet, le Conseil d'Etat ne poussa pas sa théorie du détournement de pouvoir jusqu'à l'appréciation contentieuse de

(1) C. E., 7 juillet 1916, MOREAU.

(2) *Op. cit.*, p. 236.

(3) *Op. cit.*, p. 1131.

(4) T. I, p. 425, note 1. Il définit le détournement de pouvoir : « l'usage du pouvoir discrétionnaire en dehors du but pour lequel il a été institué par la loi ».

(5) C. E., 22 mars 1901. S. 1903.3.73.

l'utilité publique. Il censurait la déviation des motifs, mais n'examinait pas la conformité de ceux-ci avec le but qui s'impose objectivement à l'action administrative : le but d'intérêt général. Prenons comme exemple de cette attitude deux arrêts rendus en matière de retraits de permissions de voirie, qui sont contemporains (1).

Dans le premier, l'arrêt CHARRET (2), le Conseil d'Etat annule un arrêté de retrait qui était motivé par le désir de l'administration de réserver le sous-sol d'une voie publique à une commune agissant dans l'intérêt de son domaine. Dans l'autre, l'arrêt GEORGI (3), le Conseil d'Etat décide que l'administration a agi dans l'exercice de ses pouvoirs de police sans rechercher si cet exercice a été ou non dirigé vers un but d'intérêt général.

Toute autre est l'attitude du Conseil d'Etat dans sa jurisprudence actuelle. Le but d'intérêt général devient la mesure du motif parce qu'il est, ainsi que nous le verrons, la cause de celui-ci. C'est donc sur l'idée de *cause* que repose, en définitive, la critique contentieuse de la notion d'utilité publique. Sans doute, selon les matières, le Conseil d'Etat se livre à cette critique depuis plus ou moins longtemps, mais actuellement l'unité dans sa jurisprudence est bien faite et nous donnerons des exemples de sa recherche en étudiant successivement la critique de l'intérêt général en matière de déclaration d'utilité publique, de refus et de retraits de permissions de voirie, de police des eaux, de voirie.

§ 1. — *En matière de déclaration d'utilité publique.*

Le Conseil d'Etat se refusa longtemps à apprécier le caractère d'intérêt général des travaux dont les décrets proclamaient l'utilité. C'était là une conséquence de sa

(1) Cités par LAFERRIÈRE, t. II, p. 551.

(2) 12 février 1886.

(3) 19 février 1886.

timidité à l'égard de l'examen du fait dont il sera parlé au chapitre suivant.

En 1895, il déclarait par exemple (1) que l'utilité publique de l'acquisition d'une source et de terrains avoisinants reconnue par un décret et contestée par les requérants « ne peut être discutée par la voie contentieuse ».

Vers 1906, le Conseil d'Etat s'est départi de cette rigueur. Dans l'arrêt BÉRENGER, il admet que la procédure de l'expropriation peut être appliquée à la dérivation de sources tant « pour l'alimentation de la ville de Cannes que pour l'irrigation du territoire de plusieurs communes » (2).

Dans les arrêts LAURENT-CHAMPROSAY et DE MARAUMONT, il admet que la création d'une place publique « constitue en elle-même une opération de voirie d'utilité générale » (3).

Dans un arrêt RIVIÈRE (4) il précise que « l'agrandissement d'une place », sur laquelle se tient un marché, « présente par sa nature un caractère d'utilité générale et rentre, dès lors, au nombre de celles en vue desquelles les communes peuvent recourir à la procédure d'expropriation ». Et pour rechercher si tel travail peut être ou non susceptible d'expropriation, le Conseil d'Etat est amené à rétablir, à l'aide de tous les documents versés au dossier, la vraie destination des opérations projetées. « Ceci n'est pas autre chose, remarque M. JÈZE, que rechercher si les motifs invoqués par le Chef de l'Exécutif peuvent servir de base juridique à son décret » (5).

Il est établi que le Conseil d'Etat ne peut contester l'utilité des travaux à entreprendre, c'est-à-dire empiéter sur le pouvoir de l'administration d'apprécier souveraine-

(1) 27 décembre 1895, époux FRONTEAU, *Rec.*, p. 880.

(2) 26 janvier 1906, BÉRENGER, *Rec.*, p. 89.

(3) 11 février 1910, LAURENT-CHAMPROSAY, *Rec.*, p. 117 ; 6 août 1910, DE MARAUMONT, *Rec.*, p. 718.

(4) 8 mai 1914, RIVIÈRE, *Rec.*, p. 557.

(5) *R. D. P.*, 1917, p. 459.

ment l'opportunité de ses actes, mais qu'il se réserve le droit de rechercher si juridiquement l'opération projetée peut fonder le droit d'exproprier.

L'appréciation de fait de l'utilité publique revient à l'administration, l'appréciation de droit au juge de l'excès de pouvoir.

L'arrêt commune de Venoix et BADIN est particulièrement net à cet égard : la ville de Caen, dès 1880, projetait depuis longtemps un plan d'aménagement et d'extension. Des terrains marécageux avoisinants furent acquis par celle-ci, et, pour combler une différence de niveau entre ces terrains et les quartiers limitrophes, cette zone fut convertie en une décharge publique. Peu à peu la ville acheta d'autres parcelles ; elle les remblayait en les convertissant en décharges, après quoi, elle les lotissait.

En 1913, un spéculateur en terrains, le sieur BADIN, gêné dans ses opérations et d'accord avec la commune de Venoix au profit de la quelle existait de temps immémorial une servitude — « le droit aux secondes herbes » récoltées après le 1^{er} août dans la zone maintenant remblayée et lotie — demandèrent que la commune rétablît les lieux dans leur état ancien afin de respecter cette servitude. Le Tribunal civil y fit droit. C'est alors qu'un décret intervint pour déclarer d'utilité publique la création d'une décharge publique. C'est ce décret, expropriant les immeubles sur lesquels le sieur BADIN avait un droit de propriété et la commune de Venoix un droit d'usage, qui est déféré au Conseil d'Etat comme portant sur un objet en vue duquel une déclaration d'utilité publique ne pouvait régulièrement intervenir.

Le Conseil d'Etat, pour décider de la légitimité du recours à la procédure d'expropriation, rétablit la vraie destination de la décharge en ces termes : « Qu'il résulte des pièces du dossier que la ville de Caen se proposait moins de mettre à la disposition de ses habitants un lieu où ils puissent se débarrasser des décombres, que d'acquérir de vastes ter-

rains nus en vue de les revendre et en vue de la création d'un quartier nouveau... qu'une telle opération qui n'a d'autre fin et d'autre utilité que de favoriser l'extension de la ville en donnant des facilités aux constructeurs... n'est pas de celles pour lesquelles les administrations municipales peuvent, dans l'état actuel de la législation, recourir à la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique ». La ville se retranchant derrière le principe de l'opportunité, soutenait que l'administration était seule juge de l'utilité des travaux et que son appréciation ne pouvait être discutée au contentieux.

M. le Commissaire du Gouvernement BLUM, à l'occasion de cette affaire (1) précise les progrès de la jurisprudence en la matière : « Il y a là, dit-il, une équivoque que votre jurisprudence a dissipée ; l'appréciation des motifs qui fait déclarer ou non l'utilité publique appartient à l'administration et à elle seule, sauf contrôle du juge au point de vue du détournement de pouvoir. Mais le juge, poursuit-il, peut rechercher si l'opération projetée était en elle-même de nature à emporter une déclaration d'utilité publique. Il n'a pas à apprécier le plus ou moins grand degré d'utilité, mais il peut être amené à décider si le travail qui fait l'objet de la déclaration rentre, ou non, dans la notion, dans *le concept d'utilité publique* ».

Dans ces formules, on voit le souci de ne pas empiéter sur le libre pouvoir d'appréciation de l'opportunité réservé à l'administration, en même temps qu'une volonté très nette d'apprécier les motifs tirés de l'utilité publique, dès que ceux-ci s'incorporent à telle opération de voirie.

Cette jurisprudence s'est définitivement affirmée. Le Conseil d'Etat, plus récemment, a décidé que l'expropriation pouvait être employée pour l'aménagement d'un terrain sportif (2), d'un bureau annexe de chemin de fer (3),

(1) V. LEBON, 1917, p. 336.

(2) 14 février 1923, FARGES.

(3) 23 mars 1923, Chemins de fer de Lyon-Croix-Rousse.

pour la création d'une colonie scolaire de vacances (1), pour l'établissement d'un dépôt d'ordures ménagères (2), pour l'acquisition par l'autorité militaire d'étangs en vue d'immerger après l'armistice des grenades (3), pour établir une promenade sur des parcelles dépendant du lit d'une rivière (4). En 1932, le Conseil d'Etat a décidé que des travaux ayant pour objet l'installation de salles de réunions, de bibliothèques et de spectacle pour les habitants d'une commune, ainsi que de locaux destinés à l'enseignement post-scolaire agricole, sont de nature « à raison de *d'intérêt général* qu'ils peuvent présenter » à être déclarés d'utilité publique (5). Ainsi, le développement de l'enseignement technique et même l'affinement du goût public, deviennent des motifs licites pour recourir à l'expropriation.

La critique contentieuse de la notion d'intérêt général se relie ainsi au courant d'idées qui a provoqué l'extension progressive de la notion d'expropriation issue de la loi de 1841 et qui a motivé le vote de lois comme celles de 1925, prévoyant l'expropriation dans un but d'hygiène publique, pour l'aménagement de terrains de jeu, des lois de 1906, 1913, 1930, sur les monuments naturels artistiques ou historiques, de 1919 et 1924 en matière d'urbanisme (6).

Dans toute cette jurisprudence, c'est bien de la lutte de l'intérêt général et de l'intérêt privé dont il s'agit.

Le Conseil d'Etat, à l'aide de tous les documents versés aux débats, saisi par les requérants qui soutiennent que la déclaration d'utilité publique vise uniquement des intérêts privés, recherche si la preuve d'un intérêt général

(1) 10 août 1923, GIROT.

(2) 2 décembre 1921, MARTEL, *Rec.*, p. 1016.

(3) 2 décembre 1921, LARIVIERE, p. 1018.

(4) 18 mai 1928, MAISTRE, *Rec.*, p. 428.

(5) 29 juillet 1932, ROCH et autres, D. H. 1932, p. 528.

(6) Citons encore les lois des 16 août 1913 et 18 avril 1922 sur la protection des forêts en montagne dans l'intérêt du reboisement.

n'est pas faite devant lui : « Considérant, lit-on dans l'arrêt BÉRENGER (1), que les requérants n'établissent pas que le décret attaqué ait eu en vue des intérêts particuliers... qu'il ressort, au contraire, de l'instruction que la dérivation des eaux du Loup aura pour objet de suppléer à l'insuffisance du débit de la Siagne tant pour l'alimentation de la ville de Cannes que pour l'irrigation du territoire de plusieurs communes ; que dans ces circonstances le moyen n'est pas fondé » (2).

Cette jurisprudence se distingue par sa souplesse ; en effet, on ne saurait qualifier *une fois pour toutes ce qui est d'utilité publique*. La notion d'utilité publique est trop mouvante, liée comme elle l'est aux conditions de la vie économique et sociale. C'est aux particuliers ayant intérêt pour agir à discuter devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, si telle mesure, en raison de l'intérêt public qu'elle prétend satisfaire, justifie une expropriation (3).

Par là, se manifeste l'importance capitale de l'acte administratif de déclaration d'utilité publique, acte saisissable, qui va permettre de lier le contentieux de l'appréciation de l'utilité publique.

§ 2. — *Refus et retraits de permissions de voirie.*

Les permissions de voirie, mode d'usage anormal du domaine public, possèdent, rappelons-le, deux caractéristiques essentielles.

Tout d'abord, l'administration refuse ou accorde en pleine liberté les permissions. En second lieu, lorsqu'elles

(1) 26 janvier 1906, précité.

(2) Par contre, le Conseil d'Etat décidera que la création d'un quartier nouveau ne justifiait pas l'emploi de l'expropriation comme ne constituant pas un motif d'intérêt public, 11 juin 1920, GENTIL.

(3) Les intéressés sont recevables à déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir un décret déclarant un travail d'utilité publique alors même qu'il aurait été suivi d'une expropriation ; V. 12 novembre 1909, DESCIEUX et autres, *Rec.*, p. 866 ; *Concl.* de M. TEISSIER.

sont accordées, l'administration garde un pouvoir inaliénable de les révoquer.

Du point de vue de l'administration, la permission de voirie apparaît donc comme un acte discrétionnaire au premier chef. Du point de vue du particulier qui en bénéficie, elle n'offre qu'un droit essentiellement précaire et révocable (1).

Ces deux signes distinctifs s'expliquent par le devoir qui s'impose à l'administration de faire concorder à tout moment l'utilisation du domaine avec les exigences de l'intérêt général, l'affectation à l'intérêt général étant, nous le savons, la caractéristique de la domanialité publique.

Englobés dans la catégorie quelque peu fuyante des actes « de pure administration », les refus de permissions de voirie échappèrent longtemps à toute critique contentieuse pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat répondait invariablement aux recours par la formule devenue de style : « les motifs du refus ne peuvent être discutés par la voie contentieuse ».

On sait comment le Conseil d'Etat, à la suite de l'arrêt Compagnie des Tramways de l'Est Parisien (2), dont la doctrine est développée en 1920 (3) et en 1922 (4), admit les pétitionnaires à critiquer les motifs des refus de permissions faisant ainsi rentrer cette matière dans les cadres généraux du contentieux administratif.

Nombreux sont depuis les arrêts qui ont annulé les refus pour détournement de pouvoir, et il est intéressant pour notre étude de suivre la progression de la jurisprudence.

Dans l'arrêt de 1913 (Compagnie des Tramways de l'Est Parisien), le Conseil d'Etat se montre soucieux de

(1) L'art. 98 de la loi du 5 avril 1888 dispose : « Les permissions de voirie à titre *précaire* ou essentiellement *révocables* sur les voies publiques... »

(2) 11 avril 1913, p. 394 et S. 1914.3.113, note de M. HAURIOU.

(3) 9 juin 1920, Compagnie des Tramways de l'Est parisien, *Rec.*, p. 565.

(4) 4 février 1921, Compagnie du Bourbonnais, S. 1922.3.57.

réserver le pouvoir d'appréciation de l'administration « à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge, ne doit pas s'opposer à l'intérêt des demandes », mais il n'oppose plus une fin de non recevoir tirée de la *nature même de l'acte* ; au contraire, il annule la décision de refus pour illégalité des motifs, le refus du Préfet de la Seine d'accorder la permission de voirie à la compagnie des tramways, étant fondé sur la seule raison que cette compagnie ne pouvait bénéficier de telles permissions qu'en se conformant à sa spécialité : la traction de véhicules.

En 1920, dans une deuxième affaire Compagnie de l'Est-Parisien, il recherche si le but présumé de l'action administrative : l'intérêt général, a été respecté. « Il résulte des pièces versées au dossier qu'en refusant à la compagnie requérante l'autorisation qu'elle sollicitait, le préfet de la Seine n'a pas usé de ses pouvoirs *pour des considérations étrangères à l'intérêt général*. Par suite, la décision attaquée n'est pas entachée d'excès de pouvoir. »

L'affaire Compagnie du Bourbonnais devait donner lieu à des décisions où se fait plus serrée encore la critique des motifs de refus.

En 1921 (1) le Conseil d'Etat annule un arrêté ministériel de refus (2) par ce motif qu'il est illégal de fonder cette décision, comme le faisait l'arrêté attaqué, sur ce que l'octroi de nouvelles permissions devenait irrégulier, comme incompatible avec le régime de la concession prévu par une circulaire ministérielle (3). Le Conseil d'Etat renvoie donc la compagnie devant le ministre pour être statué une deuxième fois sur sa demande. La nouvelle demande est également rejetée. C'est alors que le Conseil d'Etat, par

(1) 4 février 1921, Compagnie du Bourbonnais, p. 148.

(2) Cet arrêté s'appuyait sur une circulaire du 10 octobre 1918 aux termes de laquelle les distributions d'énergie électrique emprunteraient à l'avenir le régime de la concession et non plus celui de la permission.

(3) Il y avait donc là erreur de droit dans le motif, ainsi que le note M. ALIBERT, *op. cit.*, p. 283.

un deuxième arrêt (1) statue en ces termes : « Considérant que le ministre des Travaux Publics a rejeté cette prétention et qu'à la date du 4 février 1921 le Conseil d'Etat statuant au contentieux a annulé ce refus par les motifs que si l'administration... a le droit de décider souverainement dans chaque espèce s'il convient ou non, *dans l'intérêt général*, d'accorder une nouvelle permission de voirie destinée à étendre le réseau de la distribution, elle ne saurait, pour motiver son refus, se fonder sur ce que l'octroi de ces permissions serait irrégulier par le seul fait qu'il ne rentrerait pas dans les cadres prévus par les circulaires ministérielles... » ; et surtout : « *considérant que le ministre des Travaux Publics avait l'obligation de rechercher si l'intérêt général s'opposait ou non à l'adoption d'un projet qui apparaissait comme tendant à assurer la meilleure exploitation du réseau préexistant* ; qu'au lieu de se livrer à cette appréciation de fait des éléments de la cause, il s'est borné à refuser une deuxième fois la permission dont il s'agit en alléguant, il est vrai, pour écarter les apparences d'une nouvelle erreur de droit, *que l'intérêt général s'opposait à ce que la demande de la requérante fût favorablement accueillie, mais qu'une telle allégation qui n'est qu'une pure déclaration de principe, n'est pas de nature, dans les circonstances où elle s'est produite, à changer le véritable caractère de la décision attaquée, laquelle n'est en réalité que la reproduction de la première décision* » — et le Conseil d'Etat annule.

Plus récemment, le Conseil d'Etat, dans des arrêts de 1929 (2) affirme en termes plus nets encore son désir d'apprécier les motifs.

Dans l'arrêt du 1^{er} mars 1929 Société des Transports en commun de la région toulousaine, il déclare que l'adminis-

(1) 4 août 1922, Compagnie du Bourbonnais, *Rec.*, p. 732.

(2) 1^{er} mars 1929, Société des Transports en commun de la région toulousaine, S. 1929.3.73, note de M. MESTRE ; 8 mars 1929, BONNETON, S. 1929.3.81, note de M. BONNARD.

tration « a l'obligation de rechercher si l'intérêt général dont elle a la charge s'oppose ou non à l'adoption d'un projet, mais qu'elle ne saurait fonder une décision de refus *sur des considérations étrangères à la sauvegarde des intérêts généraux* », et le Conseil d'Etat confronte les motifs du refus avec la règle de l'action administrative qu'il vient de formuler : « Qu'en motivant son refus sur le fait que la compagnie requérante avait commis des irrégularités dans l'exploitation de sa concession, et en subordonnant un nouvel examen de la demande de la société à un acquiescement à un certain nombre des exigences formulées par l'administration au sujet de la dite concession, le préfet a usé des pouvoirs qu'il détient de la loi du 15 juin 1906 *pour des considérations étrangères à l'intérêt général*, et que par suite la décision doit être annulée pour excès de pouvoir ».

Pareillement, l'arrêt BONNETON (1) censure un refus de permission de voirie maniée par un maire comme un moyen de punir un permissionnaire de ses fautes de gestion.

Ainsi, les motifs des décisions de refus des permissions de voirie doivent être dictés par l'intérêt général : telle est la limite imposée par le Conseil d'Etat, sous forme de directive jurisprudentielle, au pouvoir discrétionnaire de l'administration d'octroyer ou de refuser les permissions (2). *La considération de l'intérêt général s'identifie au but de l'action administrative.* La tutelle jurisprudentielle est ici en plein accord avec la tutelle administrative, l'article 98 *in fine* de la loi municipale permet, en effet, aux préfets

(1) 8 mars 1929, S. 1929.3.81 avec une note de M. BONNARD critiquant cette solution, à tort selon nous.

(2) Toutes ces conséquences se déduisent, pour M. HAURIOU, du caractère « fiduciaire » de la propriété de l'administration, qui existe « dans l'intérêt du public et de la bonne administration ». Les administrations, écrit-il encore, ont le devoir moral de n'écarter les demandes que pour des raisons tirées de l'intérêt du service ou de l'intérêt général » ; 12^e édition, p. 861.

d'accorder la permission lorsque le refus du maire *n'est pas justifié par l'intérêt général*.

On considérera, par exemple, comme inspirées par des motifs d'intérêt général les décisions administratives de refus prises dans l'intérêt de la bonne circulation, de la salubrité publique, de la conservation du domaine. Seront également conformes à l'intérêt général les refus fondés sur l'existence d'engagements antérieurs pris par une personne administrative puisqu'en ce cas le refus sera pour l'administration le seul moyen de se conformer au contrat qui la lie, c'est-à-dire à la règle de la légalité (1).

Il se pourra, notons-le, que le juge soit conduit à rechercher si l'administration a fait d'événements futurs — du danger ou du trouble que pourra présenter la permission demandée — une exacte appréciation, contrôle beaucoup plus délicat d'ailleurs que celui des faits passés qui sont à l'origine du retrait, et qui explique, ainsi que le remarque M. WALINE (2) l'avance que présente la critique des retraits sur celle des refus (3).

Quant aux *retraits de permissions* de voirie, la critique des motifs y est admise depuis bien plus longtemps. Elle est, peut-on dire, contemporaine, en cette matière, de l'appréciation du détournement de pouvoir.

Il est de jurisprudence constante, en effet, que les retraits ne peuvent être prononcés par l'administration que pour des motifs d'intérêt général. Il s'agira de l'intérêt de la viabilité et de la conservation du domaine (4) ; le retrait sera légitime s'il est pris en vue de faciliter des travaux publics de voirie (5), ou bien encore si les permis-

(1) 15 juin 1913, Société électrique de Vichy, S. 1920.3.21.

(2) V. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, R. D. P., 1930, p. 218.

(3) V. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*. Thèse Paris, 1924 ; A. MESTRE, *Les refus de permissions de voirie*. *Revue des concessions*, 1923-1924.

(4) 4 avril 1919, DESPRÉS, *Rec.*, p. 348, cité par M. HAURIU, 12^e édit., p. 862.

(5) 1^{er} décembre 1920, CHABRON de PELLEVOISIN, *Rec.*, p. 1016.

sions cessent d'être affectées à la destination qui en avait motivé l'octroi (1).

A côté de ces motifs d'intérêt général au sens administratif du mot, il existe des motifs d'intérêt général au sens judiciaire, peut-on dire. Nous voulons parler de l'obligation de l'administration de se conformer au principe de l'autorité de la chose jugée (2). L'administration, en opérant un retrait de permission de voirie pour faire cesser une situation incompatible avec le principe de la chose jugée, ne fera que se conformer à la légalité.

Le Conseil d'Etat eût l'occasion de préciser ces notions lorsque les villes voulurent substituer l'éclairage électrique à l'éclairage au gaz.

Les villes accordaient des permissions de voirie à des industriels pour la pose de câbles en vue d'installer l'électricité dans les communes, mais le Conseil d'Etat, sur recours des concessionnaires de l'éclairage au gaz, décidait que les villes, en donnant ces autorisations, avaient manqué à leurs engagements envers les premiers concessionnaires, et il les condamnait à verser à ces derniers des indemnités compensatrices. Les maires retiraient alors les permissions de voirie accordées, et le juge de l'excès de pouvoir saisi de ces arrêtés de retrait par les industriels chargés d'établir l'éclairage électrique, prononçait la légalité des décisions de retrait, mesure nécessaire, disait-il, pour faire cesser des situations « incompatibles avec l'autorité de la chose jugée » (3).

M. ROMIEU situe nettement dans l'affaire GORET le problème sur le plan de l'autorité de la chose jugée : « Les

(1) Le retrait pour changement d'affectation est prévu pour les permissions de voirie accordées aux entrepreneurs de distribution d'énergie électrique par l'art. 12 du décret du 3 avril 1908 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 15 juin 1906 ; V. C. E., 17 janvier 1930, sieur GABOURIN, p. 79.

(2) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 862.

(3) V. 10 juillet 1896, COLETTE, *Rec.*, p. 653 ; 27 décembre 1901, PICARD, *Rec.*, p. 925 ; 6 juin 1902, GORET, S. 1903.3.65, concl. de M. ROMIEU et note de M. HAURIOU.

autorisations délivrées pour occuper la voie publique en vue d'effectuer un service de distribution d'éclairage au public, sont des actes de gestion d'ordre contractuel dont la validité est avant tout subordonnée aux engagements antérieurs que les communes ont pu prendre dans les contrats qui les lient aux compagnies concessionnaires du gaz. Si donc ces autorisations sont déclarées illicites par le juge de ces contrats, la commune a le droit d'en faire cesser l'effet, et le maire en prononçant leur retrait ne commet aucun excès de pouvoir ».

Très nombreuses sont les décisions qui annulent pour détournement de pouvoir les retraits motivés par des considérations étrangères à l'une des formes d'intérêt général précédemment indiquées, par exemple ceux qui déguisent un moyen d'accroître les ressources communales (1). De même, une permission de voirie ne peut être retirée en vue d'assurer l'exécution d'un contrat de pur droit privé conclu par un particulier pour lui céder la jouissance des eaux d'une route (2), ni pour empêcher le permissionnaire de faire des eaux qui lui appartiennent un usage que la commune considère comme contraire à ses intérêts (3), ni pour servir l'intérêt particulier d'une commune afin de « protéger la distribution d'eau de la ville » (4), ou pour lui réserver l'usage d'une voie (5) ; ni dans l'intérêt d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, par exemple une association syndicale (6).

(1) 4 janvier 1895, Compagnie du Gaz d'Agen, *Rec.*, p. 3 ; 30 janvier 1914, MAGNARD, *Rec.*, p. 110.

(2) 21 mars 1873, DUBUS, D. P. 1873.3.91.

(3) 21 mars 1873, 2^e espèce, D. P. 1873.3.91, Compagnie du Rags.

(4) 15 novembre 1895, TANNEROY, *Rec.*, p. 706.

(5) 12 février 1886, CHARRET, *Rec.*, p. 129.

(6) 4 janvier 1895, Dame DUBOURG, p. 5. Citons encore en matière d'occupation du domaine : C. E., 29 avril 1932, REVEL-CHIRAUX, D. H., p. 322 : lorsqu'un particulier a reçu l'autorisation d'un maire d'établir à titre précaire une baraque sur le domaine public communal, ses magasins ayant été détruits pendant la guerre, et qu'il se refuse à quitter les lieux, le maire ne peut faire procéder par voie d'exécution administrative à la démolition du baraquement, « aucune raison d'extrême urgence ou de péril immédiat n'existant dans l'es-

Etre motivée par un but d'utilité générale, être nécessitée par l'obligation de se conformer à quelque principe juridique dominant, par exemple à l'autorité de la chose jugée, voilà autant de *justae causae* pour une décision de retrait. Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé que si l'administration profite du remplacement d'une permission par une autre pour imposer à la nouvelle une redevance, elle ne commet aucun excès de pouvoir (1).

§ 3. — *La police des eaux
et les autorisations en rivière.*

L'eau courante, en raison de l'intérêt public qui s'attache à sa répartition, est soumise à une réglementation s'inspirant traditionnellement de l'idée d'utilité publique.

C'est ainsi que la loi du 8 avril 1898 (art. 2) sur le régime des eaux, à la suite du Code civil (art. 644), donne aux riverains des petites rivières non navigables un simple droit d'usage sur l'eau, *res communis* (2), dont l'écoulement ressemble à une servitude de passage. Les riverains viendront y puiser pour leurs besoins domestiques, mais ils ne pourront établir d'ouvrages en rivière, de barrages ou de prises d'eau, que s'ils ont au préalable obtenu une autorisation administrative (3).

pèce », relève le Conseil d'Etat ; C. E., 3 juin 1932, DULAURENS-PRÉTECILLE (D. H. 1932, p. 416) : Le refus d'un maire d'autoriser le séjour d'une roulotte automobile à destination d'habitation sur une voie publique, usage des voies tout différent du stationnement, n'est pas entaché non plus d'excès de pouvoir lorsque le requérant n'a pas prouvé que ce refus a été dicté par des « motifs étrangers à l'intérêt général ».

(1) V. 9 juillet 1920, Compagnie générale des eaux, *Rec.* p. 693 : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'en retirant l'autorisation précédemment accordée à la Compagnie d'établir une conduite d'eau sous les voies ferrées de la gare de Menton, le préfet n'a agi qu'en vue d'assurer l'exécution des travaux d'agrandissement des installations de la gare ; qu'en prenant cette décision le préfet est resté dans les limites de ses attributions et n'a commis aucun excès de pouvoir. »

(2) V. HAURIOU, 12^e édit., p. 604-605.

(3) Art. 2 et 11 de la loi du 8 avril 1898 : obligation reprise par la loi du 16 octobre 1919 sur le régime des chutes d'eau.

De même, l'eau étant considérée comme une sorte de masse indivise entre les riverains, l'administration procède, au moyen de règlements d'administration publique dits « règlements d'eau » au partage de l'eau entre groupes d'intéressés — groupe des agriculteurs, groupe des usiniers, par exemple — « de manière à concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et aux droits et usages antérieurement établis » (1). Œuvre d'intérêt général au premier chef (2), puisqu'il s'agit d'aménager une répartition conforme à l'intérêt des communautés que forment telles ou telles catégories d'usagers le long du cours d'eau, ces règlements s'imposent au respect des tribunaux (3). Ils ont pour pendant l'œuvre d'intérêt privé confiée aux tribunaux civils qui consiste à partager l'eau entre chaque intéressé si les riverains le demandent (4).

C'est aux préfets, représentants de l'Etat et par conséquent de l'intérêt général, que la loi du 8 avril 1898 confère les plus grands pouvoirs (5) concernant les autorisations en rivière et la police des cours d'eau, qu'ils soient navigables ou non ; et même récemment ces pouvoirs ont été étendus à la navigation aérienne : les hydravions sont assimilés aux bateaux lorsqu'ils amérissent (6) et il appartient aux préfets de réglementer leur départ et

(1) Art. 9 de la loi du 8 avril 1898 ; voir sur la question des règlements d'eau et des partages judiciaires, C. E., 20 juin 1863, COUVRECHEL, *Rec.*, p. 77, Conclusions CHAMBLAIN ; 18 mars 1868, RIVAL, *Rec.*, p. 297, Concl. BELBŒUF.

(2) 9 juin 1876, Canal de Nicolas, *Rec.*, p. 537.

(3) 10 novembre 1882, DELCASSO, *Rec.*, p. 865.

(4) Article 645 du code civil.

(5) La jurisprudence du Conseil d'Etat est depuis longtemps fixée en ce sens que l'autorité municipale ne saurait prétendre exercer le droit de police en vertu d'anciens règlements. A ce sujet voir C. E., 15 juillet 1835, Ville de Troyes : lorsqu'un moulin dont il s'agit de régler le barrage et les terrains menacés d'inondation se trouve dans deux départements, le Conseil d'Etat décide que la compétence appartient au préfet du département dans lequel le moulin est situé : 2 février 1900, CHAVENEAU, *Rec.*, p. 87.

(6) Article 5 du décret du 19 mai 1928.

leur amérissage sur les cours d'eau navigables (1 et 2).

Sur les cours d'eau navigables, le préfet connaît des demandes d'autorisations de prises d'eau et d'établissements temporaires (art. 41 et 42 de la loi de 1898), un décret sur avis du Conseil d'Etat intervenant pour les concessions permanentes (art. 43) (3).

Pour les cours d'eau non navigables, il est toujours compétent quel que soit le caractère des occupations demandées (art. 20).

La règle de la précarité, commune à toutes les occupations sur le domaine et fondée sur la nécessité d'assurer à tout moment au mieux des intérêts collectifs l'utilisation de l'eau courante, s'applique aux établissements autorisés sur l'une ou l'autre catégorie de cours d'eau.

L'autorisation administrative permet aux particuliers de s'établir sans contravention sur le cours d'eau mais ne leur confère aucun droit définitif comparable à ceux que connaît le Code civil, l'administration conservant le droit de les modifier ou de les supprimer sans indemnité, mais uniquement pour des motifs d'intérêt général. L'art. 45, § 1 de la loi de 1898 prévoit expressément cet exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les rivières navigables. Un décret du 16 mars 1908 affirme le caractère précaire des concessions accordées par décret. L'art. 14 de la loi du 8 avril 1898 fait application des mêmes principes aux cours d'eau navigables (4).

(1) Article 1^{er} du décret du 24 mars 1914.

(2) V. C. E., 7 mars 1930, Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'Industrie aéronautique, *Rec.*, p. 257, Concl. de M. DAYRAS. Le C. d'Etat recherchera si les prescriptions du préfet sont motivées par l'intérêt de la police des eaux.

(3) Ce régime concerne soit les prises d'eau pour irrigations, soit les prises d'eau autorisées avant la loi du 16 octobre 1919 pour l'utilisation de l'énergie hydro-électrique et que l'article 18 de la loi nouvelle laisse sous l'empire du régime antérieur pendant un certain temps, les concessions nouvelles étant régies par la loi de 1919.

(4) Art. 14 : Les permissions peuvent être révoquées ou modifiées sans indemnité soit dans l'intérêt de la salubrité publique, soit pour prévenir ou éviter les inondations.

Seules seraient révoquées avec indemnité les usines fondées en titre (1), c'est-à-dire celles dont l'existence est antérieure à l'édit de Moulins de 1566 (2), et celles vendues comme biens nationaux à la Révolution.

Qu'il s'agisse de demandes d'autorisation d'ouvrages en rivière, qu'il s'agisse de modifications aux ouvrages existants, qu'il s'agisse de suppression d'usines, nous allons assister à une critique des motifs d'intérêt général qui ont provoqué l'acte du préfet dont la compétence est éminemment une compétence liée : il ne peut agir que dans un but d'utilité publique, but qui s'entend, en matière de police des eaux, de l'intérêt de la salubrité et du libre écoulement des eaux.

D'innombrables arrêts qui emplissent les recueils de jurisprudence se livrent à une critique approfondie de l'intérêt général, si bien que l'on peut voir dans cette matière de la police des eaux un des domaines où s'est affirmé le plus tôt et le plus hardiment ce que nous avons convenu d'appeler « l'appréciation contentieuse de l'utilité publique ».

Notons que la critique du motif d'intérêt général se fera plus serrée en ce qui touche les rivières non navigables ni flottables en raison de leur caractère de propriété privée (3). Dans ce domaine, la présence de l'intérêt privé sous sa forme la plus sacrée en droit français — le droit de propriété — a provoqué depuis longtemps, comme par réaction, une analyse plus affinée des exigences de l'intérêt général.

(1) Article 45.

(2) Cet édit proclame l'inaliénabilité du domaine public ; V. sur cette catégorie d'usines, 27 février 1891, VAUTHIER, *Rec.*, p. 166.

(3) Art. 13, § 1 de la loi du 8 avril 1898.

a) AUTORISATION ET RÈGLEMENT DES OUVRAGES EN RIVIÈRE.

Lorsque le préfet aura examiné si le fonctionnement de l'ouvrage ou de l'usine est compatible avec l'intérêt général, le juge, se saisissant des motifs par lui invoqués, examinera leur conformité à la règle de l'intérêt général (entendu de la façon que nous savons) du point de vue de la légalité de l'exercice de son pouvoir de police : « Il appartient au préfet, lit-on dans un arrêt JEUVRIN (1) du département de l'Orne, d'apprécier si l'autorisation demandée par le sieur JEUVRIN pour l'établissement d'un lavoir au moyen d'une prise d'eau sur la Vérette pouvait être accordée sans danger pour la salubrité publique » et le Conseil d'Etat appréciant les faits, décide : « qu'ainsi le sieur JEUVRIN ne saurait demander l'annulation de la décision par laquelle le préfet a refusé cette autorisation ».

Et la critique pour détournement de pouvoir peut se donner libre cours lorsque, par exemple, le préfet refuse une autorisation de barrage sous prétexte que celui-ci gênait un lavoir communal alors que l'instruction montre que l'arrêté « n'a été pris qu'en vue d'assurer le libre écoulement des eaux et le maintien de la salubrité publique » (2).

L'Administration, en accordant la demande d'autorisation, pourra imposer à l'usinier les conditions (3) qu'elle juge nécessaires à l'intérêt de la sécurité et de la salubrité.

C'est là l'aspect de la liberté de l'administration active dans l'appréciation de l'opportunité, sous réserve bien entendu d'une critique contentieuse éventuelle devant le juge de l'excès de pouvoir.

(1) 29 novembre 1895, JEUVRIN, *Rec.*, p. 763.

(2) 10 juillet 1903, CROIZET, *Rec.*, p. 508.

(3) M. HAURIOU remarque finement que les autorisations sur les cours d'eau non navigables « ne sont qu'une condition mise à l'exercice d'un droit individuel », en effet le riverain a droit à l'eau (V. 12^e édition, p. 609, note 20).

Sous bénéfice de cette remarque, le préfet jouit de la plus grande liberté dans le choix des mesures à prescrire et dans le moment de déclancher son action.

C'est ainsi qu'un préfet poursuit un intérêt général et non un intérêt privé, en prescrivant au moment où il règle un barrage qu'une certaine quantité d'eau devra être laissée à la rivière afin que soit assurée l'alimentation en eau des habitants d'une vallée (1); en fixant la durée d'utilisation d'un barrage (2); en réglementant une usine de manière à assurer le libre écoulement des eaux (3).

Dans tous ces cas, puisqu'il a agi dans un but d'intérêt général, dit le Conseil d'Etat, les propriétaires de prises d'eau ne sont pas fondés à demander l'annulation de l'arrêté.

b) MODIFICATIONS DES OUVRAGES EN RIVIÈRE.

Cette matière est également riche en espèce variées.

Notons que les modifications ont le caractère de mesures de police et ne doivent pas faire l'objet d'un règlement d'eau permanent (4). Le principe c'est que l'administration a toujours le droit de modifier les règlements anciens ou d'en instituer de nouveaux toutes les fois que l'intérêt général l'exige et quelle que soit l'ancienneté des titres des établissements visés (5), et les actes administratifs de modification ne seront valables que s'ils sont pris dans l'intérêt général.

Un champ presque indéfini va donc s'ouvrir à la critique

(1) 12 février 1904, Dame du LIN, D. P. 1905.3.60.

(2) 9 janvier 1885, D. P. 1886.3.73.

(3) 17 novembre 1911, commune de Poix-du-Nord et autres, D. P. 1913.3.140; V. encore 11 juin 1909, GUYOT de VILLENEUVE, D. P. 1911.3.62.

(4) Le Conseil d'Etat a précisé ce point depuis longtemps; V. 11 mars 1862, Pouzot, D. P. 1863.3.77. Il s'agissait en l'espèce d'un arrêté préfectoral défendant à un usinier de faire usage des eaux de la rivière toutes les fois que celles-ci baisseraient au-dessous d'un niveau déterminé.

(5) C. E., 26 novembre 1846, D. P. 1847.3.1.

contentieuse, surtout depuis l'apparition dans la notion d'excès de pouvoir de la quatrième ouverture à recours : l'ouverture pour détournement de pouvoir.

Le préfet ne peut prescrire à un particulier de modifier les ouvrages établis dans son parc pour dériver l'eau d'un ruisseau, afin de la diriger dans des jets d'eau, que si l'intérêt général l'exige : le Conseil d'Etat remarquera « qu'aucune de ces dispositions n'a été prise dans un but d'intérêt général » (1). Le préfet ne pourra, non plus, ordonner l'abaissement de la retenue d'un moulin et la construction d'une vanne de décharge lorsque le régime antérieur de celui-ci ne nuisait en rien au libre écoulement des eaux (2). Il statuerait sur un intérêt purement privé et par suite excéderait ses pouvoirs, s'il contraignait un usinier à réparer une passerelle à l'usage de quelques habitants (3), ou s'il diminuait la hauteur de chute d'une usine en vue de rendre non recevable la réclamation formée par l'usinier contre un de ses voisins qui avait exhaussé son barrage, l'arrêté « ne se justifiant par aucun motif d'intérêt général » (4).

Il en serait de même de l'arrêté réglementant un barrage de manière à protéger une usine d'amont (5) ; d'un arrêté qui imposerait un abaissement de la retenue pour prévenir des inondations, alors que cette mesure n'a pour but que de « suppléer à des travaux d'élargissement qui incombaient aux riverains » (6), ou encore qui fixerait la hauteur d'un barrage dans l'intérêt d'un particulier. C'est à cette occasion qu'a été rendu l'arrêt célèbre *PAGÈS*, qui a posé la règle si importante pour l'ensemble de nos recherches :

(1) 19 juin 1863, *Duc de CONÉGLIANO*, D. P. 1865.3.19.

(2) 23 mars 1870, D. P. 1871.3.29 ; V. dans un cas analogue pour empêcher les inondations, 24 janvier 1856, D. P. 1857.3.16.

(3) 18 février 1876, *Rec.*, p. 192.

(4) 10 novembre 1905, *BOUISSON*, *Rec.*, p. 808.

(5) 22 mai 1914, *Dame BODEAU*, *Rec.*, p. 634.

(6) 7 août 1903, *CONVERT*.

« En statuant . . . , l'administration ne doit se décider que pour des motifs tirés de l'intérêt général » (1).

Le préfet ne peut non plus user de son droit de régler les usines pour s'immiscer dans des débats privés et faire servir son pouvoir de police à trancher des litiges du ressort des tribunaux judiciaires. Des arrêts de 1863 et 1865 lui interdisent d'intervenir dans des contestations entre riverains par « des règlements qu'aucune utilité publique ne commande » (2) ; sur ce point la jurisprudence est très ancienne (3).

Le Conseil d'Etat va plus loin : il examine si le litige en lui-même est bien un litige de droit public et parfois il lui arrive de déceler qu'il se réduit, en définitive, à une simple contestation de droit privé (4), constatant, par exemple, que telles parcelles de prairies submergées par les eaux d'une rivière en raison de la construction d'un barrage sont « grevées d'une servitude les obligeant à subir ces conditions ». Le Conseil d'Etat déclare qu'il y a là un litige de droit privé, que la prétention de la requérante de maintenir la hauteur de son barrage à un niveau supérieur à celui fixé par le préfet ne « compromet pas l'intérêt général ».

C'est encore à la lumière de l'idée d'utilité publique que doit se résoudre la question de savoir dans quel cas le riverain doit obtenir une nouvelle autorisation pour modifier ses ouvrages. La jurisprudence, depuis l'arrêt ULRICH (5), rendu sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement AUOCQ, est fixée en ce sens que seules sont soumises à autorisation nouvelle les modifications qui doivent en-

(1) 22 mars 1901, PAGÈS, *Rec.*, p. 316 et S. 1903.3.73, note de M. HAURIOU.

(2) 7 août 1863, GOGUEL, *Rec.*, p. 652 ; 18 avril 1866, DE COLMONT, D. P. 1869.3.63 ; 29 novembre 1895, DE LUBAC, *Rec.*, p. 763 ; 28 juillet 1899, D. P. 1900.3.111 ; 8 mars 1907, LEMOUETTRE, *Rec.*, p. 241.

(3) V. C. E., 28 février 1828 ; 17 janvier 1831 ; 4 mai 1854.

(4) 28 juillet 1899, Dame de KERSAUSON, D. P. 1900.3.111.

(5) 28 juillet 1866, D. P. 1868.3.28.

traîner des changements dans le régime des eaux. Sur les autres modifications, sans influence sur cette question d'intérêt général, l'administration n'exerce aucun contrôle (1).

c) SUPPRESSION. MISE EN CHOMAGE.

Une fois obtenue, l'autorisation donne à l'usinier un titre légal, c'est-à-dire un droit à l'existence, droit essentiellement révocable, nous le savons, qui par ce caractère est beaucoup plus proche des « droits réels administratifs », dans lesquels M. HAURIU englobe les droits des divers permissionnaires du domaine public (2), que des droits privés qu'organise le Code civil.

L'Administration peut à tout moment retirer son autorisation et prescrire la destruction des ouvrages en rivière.

Le préfet agit dans la limite de ses pouvoirs en ordonnant la suppression d'un barrage existant de temps immémorial lorsque les dépôts d'alluvions ont envahi le lit de la rivière, ne laissant qu'un passage insuffisant pour la navigation (3), ou lorsque cette mesure est destinée à éviter les inondations (4).

Mais, ce qu'il faut bien remarquer dans la matière de suppression des usines sur les cours d'eau navigables, c'est qu'il n'est nullement nécessaire que le retrait soit exigé par l'intérêt général ; dans tous les cas l'administration peut l'ordonner. Le retrait apparaît comme un fait du prince, à l'égal des dispositions législatives qui peuvent venir rendre plus onéreuse l'exécution des contrats administratifs. C'est uniquement du point de vue de la répara-

(1) 16 mars 1870, *Rec.*, p. 295 ; 20 mai 1881, D. P. 1882.5.403 ; 22 novembre 1889, D. P. 1891.3.38.

(2) V. HAURIU, 12^e édit., p. 262 et RIGAUD : *Les droits réels administratifs*. Thèse Toulouse, 1914.

(3) 10 septembre 1845, VIARD.

(4) 15 avril 1857, BOUQUELON.

tion que la conformité à l'intérêt général importe. Si le retrait n'est pas motivé par l'intérêt général, une indemnité devra être versée à l'usinier (1).

Dans tous le cas, la critique pour détournement de pouvoir trouvera à s'appliquer ; le juge découvrira, par exemple, qu'un arrêté ordonne la démolition d'un barrage, d'un moulin, sous le prétexte que l'ouvrage nuit à l'écoulement des eaux, alors qu'il est démontré que cette mesure vise à la conservation d'un pont construit pour desservir une route départementale (2).

On voit par cet exemple que si les arrêtés des préfets doivent être dictés par des motifs d'intérêt général, cet intérêt général n'est pas entendu dans un sens large, il se limite à l'un des objets prévus par la loi de 1898 : intérêt du libre écoulement des eaux, de la salubrité et de la sécurité (3).

L'intérêt général n'exige pas toujours la suppression complète des usines établies sur les cours d'eau, mais seulement leur mise en chômage, c'est-à-dire leur arrêt temporaire, ou la réduction de la force motrice qu'elles utilisent. L'intérêt général est encore la mesure de la légalité de ces décisions (4).

Le chômage pourra être décidé sur les cours d'eau non navigables soit dans l'intérêt de la répartition des eaux ou pour l'exécution de travaux d'utilité publique (5) ou enfin à titre de sanction pour non exécution du règlement de l'usine relativement au régime des eaux (6).

(1) C. E., 30 nov. 1888, D. P. 90.3.15, Société bordelaise de vidanges et engrais.

(2) 30 janvier 1914, COLOMB, *Rec.*, p. 116.

(3) V. articles 12 et 14 de la loi de 1898.

(4) V. Conseil d'Etat, 11 mai 1838 ; V. *Répertoire alphab. Dalloz*, n° 399.

(5) 23 décembre 1845, VIVENT ; V. Metz, 29 août 1866, D. P. 66.2.212.

(6) 14 août 1871, D. P. 72.3.49 ; 3 août 1877, D. P. 1878.3.9.

d) CURAGE.

Les riverains des rivières non navigables intéressés (1) au bon écoulement des eaux, sont astreints à l'obligation du curage, c'est-à-dire, d'après l'art. 18 de la loi du 9 avril 1898, sont tenus d'effectuer « tous les travaux nécessaires pour rétablir la rivière dans sa largeur et sa profondeur naturelles » (2).

Le préfet ne peut ordonner cette mesure que dans un but d'intérêt général — autre conséquence de ce fait que cette obligation porte sur un droit particulièrement fort : le droit de propriété. L'obligation de curer va suivre exactement les besoins de l'intérêt général en ce sens qu'elle portera sur tous les tronçons de rivière où un intérêt particulier est en jeu (3), mais cette obligation ne concernerait pas un canal exécuté par la main de l'homme dans un intérêt privé et constituant une simple dérivation non affectée à l'écoulement normal des eaux (4).

En conséquence, ce n'est qu'aux maires qu'il appartient de prescrire les mesures de police nécessaires en vertu de l'art. 97-6° de la loi municipale, et de l'art. 21 de la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale.

Le Conseil d'Etat va censurer les atteintes qui seraient portées au droit de propriété sous prétexte de curage, c'est-à-dire d'intérêt général. Tout d'abord, le curage ne doit être ordonné que si l'intérêt général et l'écoulement des eaux l'exigent et non en vue d'intérêts privés. Le préfet excèderait ses pouvoirs en prescrivant le curage

(1) C. E., 12 juillet 1912, GRUCHY et MONET, *Rec.*, p. 817.

(2) Le droit des alluvions reste réglé, dispose l'article 18, par les articles 556-557 du Code civil.

(3) 17 mars 1899, DE SAIZIEU, *Rec.*, p. 223 ; 25 février 1905, LAVRIL, *Rec.*, p. 107 ; 22 janvier 1909, TOUSSAINT MOREAU, *Rec.*, p. 77 ; 30 janvier 1914, BOREL de LARIVIÈRE, *Rec.*, p. 117.

(4) Une telle dérivation ne constitue pas un cours d'eau non navigable sur lequel puisse s'exercer le droit de police du préfet : 23 juillet 1924, BÉRUD et VIGNAUD, S. 1926.3.54.

afin de faciliter les travaux du Génie, en vue du raccordement d'une ligne de chemin de fer (1), ou en vue de faciliter la circulation de barques desservant une sucrerie appartenant à un particulier (2).

Par contre, un propriétaire ne serait pas fondé à soutenir que le curage a visé un intérêt privé s'il résulte de l'instruction que le ruisseau est encombré de vase, d'herbes, de roseaux, qui en retardent le cours (3).

En second lieu, le Conseil d'Etat veille à ce que la propriété privée ne souffre du fait de cette opération aucune atteinte hors les règles du droit. Il censurera, par exemple, les décisions qui auraient pour effet d'élargir le cours d'eau sans recourir à la procédure d'expropriation ; la similitude est très nette entre cette jurisprudence et celle suivie en matière d'élargissement des voies terrestres. Le juge s'opposera à une interversion des catégories juridiques : curage et élargissement (4).

D'autres fois, il constatera seulement l'emprise sur la propriété privée : « Que le préfet de la Nièvre ne s'est pas borné à rechercher en vue du curage la limite naturelle de l'Alène, mais qu'il a assigné des limites à ce cours d'eau non navigable ni flottable sans se conformer à l'état des lieux » (5).

A l'intérieur de ces deux limites, respect de la propriété et but d'intérêt général, le préfet tient de la loi des 12 et 20 août 1790 et du 8 avril 1898 (6) des pouvoirs pour pres-

(1) C. E., 19 janvier 1894, MAZERON, D. P. 1896.3.9 : « en prenant l'arrêté attaqué le préfet de la Nièvre n'a pas eu en vue l'intérêt général et le libre écoulement des eaux, mais uniquement la mise à sec de la rivière, etc... »

(2) 8 décembre 1893, TAFFIN DE TILQUES, D. P. 1895.3.4.

(3) 28 juillet 1905, BOITEL DE DIEUVAL, D. P. 1907.3.39.

(4) 6 décembre 1895, GAUCHET, *Rec.*, p. 794 : « Que les travaux prescrits constituaient non un curage mais un élargissement qui devait entraîner... l'enlèvement d'une partie de la propriété riveraine... que dans ces circonstances il ne peut être procédé à cet élargissement qu'au moyen d'une expropriation. »

(5) 18 décembre 1896, DE POMEREU, *Rec.*, p. 849.

(6) Avant 1898 la jurisprudence admettait qu'en l'absence de règlements anciens et d'usages locaux il n'appartenait pas aux préfets de réglementer

crir les mesures nécessaires au libre écoulement des eaux, faire exécuter des travaux de faucardement (1), prescrire l'enlèvement des vases (2), faire exécuter d'office des travaux de curage (3) en cas de refus du propriétaire (4).

e) SOURCES MINÉRALES.

Pour achever de tracer la recherche de l'intérêt général en matière de police des eaux, il nous faut indiquer qu'il existe pour les eaux minérales une législation originale.

La loi du 14 juillet 1856 (art. 1), donne au gouvernement la faculté de « déclarer d'utilité publique » les sources d'eaux minérales après enquête et par un décret délibéré en Conseil d'Etat. Cette déclaration d'utilité publique a pour effet de placer les sources sous l'emprise de l'administration ; elle permettra de les entourer d'un périmètre de protection (art. 12), et en cas de gestion nuisible à l'intérêt de la santé publique, de faire prononcer l'expropriation ; enfin, tout en restant propriétés privées elles bénéficieront d'une protection spéciale assurée par des servitudes d'utilité publique pesant sur les fonds voisins et qui se résument en l'interdiction de certains travaux souterrains (art. 3), en l'octroi d'un droit d'occupation temporaire au propriétaire de la source (art. 9).

les curages des cours d'eau non navigables ; 15 janvier 1897, CAUMONT DE LA FORCE et consorts, D. P. 1898.3.39 et le renvoi, mais qu'il pouvait, en vertu de la loi des 12-20 août 1898, prescrire le curage par arrêté spécial et temporaire lorsqu'il le jugeait nécessaire.

(1) 10 mars 1899, Association syndicale libre d'intérêt général des propriétaires d'étangs et usines de Béthencourt, D. P. 1900.3.62.

(2) 22 juin 1900, Commune de Ruhans-Milandon, D. P. 1901.3.87.

(3) 5 décembre 1930, sieur ROUX, *Rec.*, p. 1039 ; 27 mars 1896, DECAMPS, D. P. 1897.3.42.

(4) 4 mai 1854, DELETTRE, D. P. 1855.3.34 (droit du préfet de prescrire le rétablissement des vannes d'un barrage dans leur état primitif lorsque l'exhaussement du niveau de ce dernier met à sec les fossés d'une ville) ; 9 janvier 1885, BOUFFARD, D. P. 1886.3.73 (droit du préfet de fixer les époques pendant lesquelles les riverains pourront utiliser un barrage pour irriguer).

Ces mesures, inspirées par des considérations d'intérêt général, ne donnent lieu à aucune indemnité au profit des propriétaires des fonds servants (1). Les travaux préparatoires de la loi de 1856 sont en ce sens (2) et ce n'est là que l'aspect normal de cette idée qui domine les servitudes d'utilité publique : l'intérêt général s'impose à l'intérêt particulier. L'indemnité n'apparaîtrait que s'il y avait dommage causé à la propriété privée.

L'exploitation de ces sources était subordonnée à la nécessité d'une autorisation et l'administration doit apprécier les demandes qui lui sont proposées au point de vue de l'intérêt général et non par rapport à l'intérêt d'une source voisine, intérêt particulier : « considérant que [les textes visés] n'ont conféré à l'administration le pouvoir d'apprécier les demandes qui lui sont présentées... que dans le but de prévenir les dangers qui peuvent résulter de la mise en vente de médicaments nuisibles à la santé publique... que le ministre n'a pas entendu apprécier la demande qui lui était soumise au point de vue de la santé publique mais qu'en refusant l'autorisation d'exploiter... il a entendu prendre une mesure de conservation pour la protection d'une source minérale voisine appartenant à l'Etat » (3).

§ 4. — *Délimitation des voies publiques.*

Les décisions administratives qui interviennent en matière de voirie doivent être, elles aussi, dictées par l'intérêt général de la bonne circulation et non être motivées par des considérations étrangères à l'intérêt du domaine ou ne visant à satisfaire que des intérêts purement privés (4).

(1) V. PICARD, *Traité des eaux*, t. I, p. 96.

(2) V. exposé des motifs, D. P. 1856.4.87, n° 13.

(3) 6 décembre 1878, LARBAUD, *Rec.*, p. 972 ; V. 16 juillet 1886, D. P. 1887.3.125.

(4) V. C. E., 23 novembre 1921, COSSON, *Rec.*, p. 964 : Les travaux de

« Considérant que pour demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision par laquelle la Commission départementale de... a modifié l'alignement du chemin vicinal n° 3..., les sieurs ARTIGUE et autres se fondent uniquement sur ce que cet alignement serait intervenu pour donner satisfaction à des intérêts privés » (1).

C'est ainsi que les préfets et les maires (2) commettraient un excès de pouvoir en subordonnant la délivrance de l'alignement à des conditions autres que celles qui sont établies dans l'intérêt de la voie publique (3), et la jurisprudence est depuis longtemps établie sur ce point (4).

Ils ne pourraient exiger, par exemple, que le propriétaire construise en façade sur la rue s'il désire construire en retrait (5), ou adopte un certain mode de décoration (6); maires et préfets ne pourraient non plus subordonner l'octroi de l'alignement à l'engagement du propriétaire d'assumer telle obligation (7).

La suppression d'une voie publique peut donner lieu de la part des riverains, privés de leur droit d'accès, à des requêtes exposant au juge de l'excès de pouvoir que la

voirie dont il s'agit « n'ont pas eu pour objet l'intérêt public notamment l'amélioration du chemin ou de la circulation. »

(1) C. E., 2 juillet 1915, ARTIGUE et autres, *Rec.*, p. 218.

(2) Rappelons que les préfets sont compétents pour délivrer les alignements individuels pour la grande voirie et les chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun (loi du 31 mars 1923); les maires sont compétents pour les rues, places, chemins vicinaux ordinaires et chemins ruraux.

(3) V. AUCOC, *Conférences*, t. III, p. 109.

(4) C. E., 15 décembre 1859, KLEIN; 1^{er} juillet 1869, LEBRUN.

(5) 6 décembre 1844, TAQUE; 14 mars 1845, PAGOT.

(6) 7 avril 1859, DELONDRE.

(7) C. E., 17 janvier 1890, S. 1892.3.44. L'auteur allemand FLEINER *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen, 1928, p. 147, condamne la pratique administrative qui consiste à octroyer des permissions moyennant l'obligation pour les permissionnaires d'accorder à l'administration des « concessions de droit privé » bien que, dit-il, cette pratique soit admise par les tribunaux civils. On peut voir là un exemple de détournement de pouvoir.

V. Cass. crim., 9 janvier 1925, MARNIER LAPOSTOLLE, S. 1926.1.190,

mesure n'a pas été motivée par un but d'utilité générale, nouveau domaine où le Conseil d'Etat recherchera le but de l'acte. « Considérant, lit-on dans un arrêt CHARDIN (1), que la décision de notre ministre de l'Intérieur est motivée sur ce que, par suite de la différence de niveau existant entre la nouvelle place du Pont-Saint-Michel et celui de la rue de l'Hirondelle, il n'était pas possible de conserver le débouché de cette rue sur ladite place sans compromettre la santé publique... ; que le préfet du département de la Seine a pu sans excéder les pouvoirs qui lui sont conférés... prescrire la fermeture de la dite rue du côté de la place Saint-Michel par mesure de police et de sécurité publique » ; et la Cour de cassation fait application des mêmes idées (2).

Indiquons que la théorie des dommages permanents causés par les travaux publics va permettre de dédommager les riverains dont l'accès à la voie est rendu plus difficile (3).

Conclusion.

De ces exemples, se dégage une règle qui, pour être de formation jurisprudentielle, n'en n'est pas moins des plus solidement établie et peut même être tenue pour un principe fondamental du droit public : les administrateurs n'agissent légalement que s'ils agissent dans un certain but, un but d'intérêt général. Il s'ensuit que l'idée de *but* domine tout le contrôle de la légalité.

Mais la tâche du juge de l'excès de pouvoir n'est pas

(1) C. E., 12 mars 1863, CHARDIN.

(2) V. Crim., 13 août 1846, MARTEL, à propos du pouvoir des maires d'ordonner la fermeture d'une voie privée.

(3) 4 avril 1856, DARNIS ; 24 juillet 1856, BEGAUEN ; 8 décembre 1859, FIQUET ; 4 mai 1870, HÉBERT. A cette occasion, le Conseil d'Etat recherchera s'il ressort des faits que les travaux effectués sur la voie publique entraînent un dommage pour les propriétés voisines ; 4 juillet 1872, BAUDOIN ; 27 janvier 1865, DUCOUDRE et autres.

limitée à la critique en quelque sorte abstraite du motif de droit ; pour exercer son contrôle de la légalité, le Conseil d'Etat sera conduit à examiner le fait. En effet, à des degrés divers, sa décision sur la conformité de l'agissement de l'agent administratif à l'intérêt général, va dépendre de son examen des circonstances de fait qui ont entouré l'acte de volonté de celui-ci ; parfois même, le juge recourra à l'appréciation du fait comme à l'unique moyen de statuer sur la légalité de l'acte.

C'est donc à l'étude du rôle du Conseil d'Etat, juge du fait, que nous conduit logiquement l'étude de la critique des motifs d'intérêt général.

CHAPITRE III

L'APPRÉCIATION CONTENTIEUSE DE L'UTILITÉ PUBLIQUE AU MOYEN DE LA RECHERCHE DU FAIT PAR LE JUGE DE L'EXCÈS DE POUVOIR

Nous n'envisagerons la recherche du fait par le Conseil d'Etat qu'à propos de l'excès de pouvoir.

En effet, dans le contentieux de pleine juridiction, qu'il statue comme juge de droit commun ou qu'il statue comme juge d'appel, le Conseil d'Etat va connaître de l'ensemble du litige comme ferait un tribunal judiciaire. Il se livre à une recherche des éléments de fait comme des éléments de droit afin d'en faire une application « subjective ». Il réforme les décisions des premiers juges, prononce des condamnations pécuniaires et n'annule pas seulement.

En matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat est, en principe, comme la Cour de cassation, juge du droit uniquement. Comme cette Cour, il doit rechercher si à telle situation de fait il a été fait application exacte de la légalité.

Tel est le principe en matière d'excès de pouvoir. Nous nous proposons de rechercher comment la jurisprudence du Conseil d'Etat tend de plus en plus à y apporter des dérogations en pénétrant dans la recherche des faits (1).

(1) V. en ce sens : CHALVON-DEMERSAY, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat*. Thèse Paris, 1922, p. 51 et suiv.

INTRODUCTION

Position du problème.

Il est clair qu'au temps où le recours pour excès de pouvoir était fondé uniquement sur l'incompétence et le vice de forme, la considération du fait ne pouvait guère intervenir. C'est l'introduction de l'ouverture pour détournement de pouvoir qui engagea définitivement le Conseil d'Etat dans la recherche du fait. En effet, l'examen des motifs des actes administratifs entrepris par le juge du détournement de pouvoir ne saurait se concevoir sans une prise de celui-ci sur tous les éléments du litige, sans l'évaluation de toutes les circonstances qui ont entouré l'acte de volonté de l'agent administratif.

Les formules qui reviennent si fréquemment dans les arrêts : « que dans ces circonstances les requérants ne sont pas fondés à soutenir que... » (1), « il est constant que... » (2), sont bien caractéristiques de cette attitude jurisprudentielle.

(1) V. C. E., 25 mai 1911, FERRY : « que dans ces circonstances de fait les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le maire a fait un usage abusif de ses pouvoirs de police en ordonnant la fermeture totale de cette église » ; 4 février 1922, Compagnie du Bourbonnais, *Rec.*, p. 732 ; 28 mai 1924, Compagnie générale des Eaux, *Rev. des concessions départementales et communales*, 1924-1925, p. 270 ; 13 juillet 1928, BURGEAT, D. H. 1928, p. 515 ; 1^{er} mai 1929, Rob. GRANDJEAN, *Revue des concessions départementales et communales*, 1928-1929, p. 180 : « Qu'il appartient au conseil municipal de décider eu égard aux circonstances de fait, à quelle partie de la commune s'applique ladite électrification. » 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, p. 583 : « Qu'aucune circonstance particulière à la Ville de Nevers ne justifiait la création... d'un service municipal ». 27 mars 1930, CONNAT, D. H. 1930, p. 320 ; 7 août 1903, CONVERT ; 26 janvier 1906, BÉRENGER, *Rec.*, p. 88 ; 29 mars 1901, CASANOVA, *Rec.*, p. 333 : « Les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour donner des soins médicaux aux habitants qui en sont privés. »

(2) 9 décembre 1910, Association cultuelle luthérienne de Nice et Association cultuelle protestante de Lyon, *Rec.*, p. 906 ; 1^{er} juillet 1925, Dame DESPRÉS ; 8 janvier 1930, sieur PÉRIÈRE, *Rec.*, p. 10 ; 29 janvier 1930, Société DANTON et C^{ie}, *Rec.*, p. 15 ; 12 février 1930, sieur BERTHOU, *Rec.*, p. 167 ; 12 avril 1930, sieur HOTOT, p. 465 ; 9 mai 1930, sieur VITRY, p. 488 ; 15 mai 1930, Dame veuve VOISSEAU, p. 508 ; 26 février 1930, sieur CHAUX, p. 214.

Recherche du but, recherche du fait, nous paraissent accouplés. La recherche du but ne peut être efficace sans la recherche du fait (1).

Un arrêt CAMINO (2) à propos d'une révocation de maire, adoptant les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. CORNEILLE, dispose : « Considérant que le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient d'une part de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures et d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée ». Et le Commissaire du Gouvernement dans cette affaire, notait en ces termes la liaison de l'examen du fait et de la critique de la légalité (3) : « Si vous êtes juge du fait, vous êtes juge de la légalité... vous avez le droit de vous demander si la mesure a été réellement motivée, ou si la mesure a été juridiquement motivée ».

Dans une affaire de neutralité scolaire, M. CORNEILLE déclarait encore : « C'est à vous, juge de l'excès de pouvoir, qu'il appartenait de constater les circonstances de fait dont vous seriez amené à déduire la violation du droit » (4).

(1) C. E., 11 mai 1917, MARTIN, *Rec.*, p. 377. Le Conseil d'Etat recherche s'il est possible de provoquer en fait les observations d'un lieutenant de réserve révoqué qui a été invité à produire ses observations, mais alors que cette invitation ne lui est parvenue que postérieurement au 20 novembre 1914, date à laquelle était intervenu le décret prononçant sa révocation ; « que dans ces circonstances le requérant est fondé à soutenir que ce décret a été rendu sur une procédure irrégulière » (annulation) ; V. 28 juin 1907, MONOD, *Rec.*, p. 616 : « que dans les circonstances de l'affaire la considération de fait erroné est demeurée totalement étrangère au motif déterminant la décision ».

Voir 10 avril 1930, DEROME, *Rec.*, p. 417. « *Eu égard aux circonstances de lieu et de temps.* »

(2) C. E., 14 janvier 1916, *Rec.*, p. 15.

(3) *R. D. P.*, 1917, p. 442.

(4) Association des pères de famille de Gamarde-les-Bains, 14 janvier 1916 ; V. dans le même sens Concl. PICHAT, sous arrêt PORTERET, 20 janvier

Mais cette recherche du but, qu'est-ce, sinon l'affirmation de la recherche de la violation de la loi, ce qu'on a appelé la volonté d'assurer le règne de la légalité ?

C'est pourquoi la fusion opérée en 1864 de la violation de la loi et des droits acquis dans la notion d'excès de pouvoir nous apparaît comme un événement éminemment logique dans l'histoire du contentieux administratif ; un champ d'action nouveau s'ouvrait à la recherche du fait dont le doyen HAURIOU mesurait en 1900 l'étendue par cette formule : « L'ordre administratif se trouve complètement déterminé par la légalité » (1). C'est précisément la mission immense de l'excès de pouvoir d'assurer, ainsi que l'écrivait M. le Commissaire du Gouvernement PICHAT (2), « le respect de la légalité ».

Nous examinerons successivement comment le Conseil d'Etat se livre à l'appréciation des faits : 1^o à l'occasion de la recherche du détournement de pouvoir ; 2^o à l'occasion de la recherche de la violation de la loi.

Précisons que nous ne recherchons pas comment, peu à peu, le Conseil d'Etat a envahi la place avant de donner le coup d'assaut, selon le langage imagé d'HAURIOU ; comment, par exemple, jusque vers 1906 (3), le Conseil d'Etat n'examinait le fait que dans la mesure où il lui fallait apprécier la qualification juridique donnée par l'auteur des décisions attaquées afin de juger s'il avait fait une exacte application de la loi (4). Nous voulons seule-

1911 : « Le Conseil d'Etat saisi d'un recours invoquant la violation de la loi serait ainsi appelé à apprécier en fait le caractère du livre incriminé. »

(1) Note S. 1900.3.73.

(2) 8 mars 1912, LAFAGE, *Rec.*, p. 351.

(3) Date de l'arrêt MONOD, 28 juin 1907, *Rec.*, p. 616, rendu à propos d'une mise à la retraite d'un directeur de Ministère soi disant sur sa demande, affaire où il ne pouvait être question d'une qualification juridique, les directeurs de ministères pouvant être révoqués sans qu'un texte impose pour cette mesure l'existence de certaines fautes à leur charge. Nous assisterons au développement de cette jurisprudence.

(4) Il est intéressant de noter que la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant la recherche du fait s'est développée relativement tôt en certains domaines. C'est ainsi que le Conseil d'Etat n'hésita pas en matière d'aligne-

ment montrer comment la recherche du fait est liée à la recherche du motif, c'est-à-dire à la critique contentieuse de l'intérêt général.

SECTION I.

L'examen du fait à l'occasion de la recherche du détournement de pouvoir.

Nous n'étudions dans ce paragraphe que les cas dans lesquels c'est l'examen du fait qui va déceler le détournement de pouvoir ; nous écartons donc tous les arrêts dans lesquels le détournement de pouvoir se dégage de lui-même de la seule opposition entre une disposition législative quelconque et la mesure prise en application de celle-ci. Tel était le cas célèbre du détournement de pouvoir qui consista pour le Ministre des Finances, lors de la création du monopole des allumettes en 1872, à prescrire aux préfets de fermer les usines pour motif de salubrité, alors qu'il s'agissait en réalité d'éviter à l'Etat des dépenses d'indemnité pour expropriation (1).

Les différentes rubriques sous lesquelles nous avons étudié la recherche de l'utilité publique par le juge à travers les motifs des actes critiqués devant lui au moyen du

ment à apprécier le caractère confortatif de travaux sur les maisons frappées d'alignement ; V. C. E., 23 janvier 1881, BIDAULT, *Rec.*, p. 69 ; 19 mars 1886, BARAT-LOUDOT, *Rec.*, p. 248. Cette attitude s'expliquait, la loi ayant directement affecté le travail confortatif d'un certain caractère juridique par le seul fait de l'avoir interdit dans un but d'alignement. Mais en dehors de la question de la qualification juridique de l'acte, il n'intervient que vers 1907 (arrêt MONOD, précité). Enfin, encore maintenant, le Conseil d'Etat se refuse en matière disciplinaire à apprécier si tel fait constitue une faute ; après avoir recherché ainsi que nous le verrons, si les faits existent réellement, s'ils sont légalement susceptibles de pouvoir constituer une faute, il ne recherche pas si, vu les circonstances, il y a eu faute et quelle est la gravité de celle-ci. Tous ces points restent pour lui dans le domaine réservé de l'opportunité ; V. C. E., 30 mars 1906, PARLY, *Rec.*, p. 264 ; C. E., 14 janvier 1916, CAMINO, précité ; C. E., 5 juillet 1918, GÉRARD, *Rec.*, p. 665.

(1) 26 novembre 1875, PARIS et LAUMONNIER-CARRIOL, p. 936.

recours pour excès de pouvoir, nous fournissent autant de cadres pour étudier l'examen par le juge des circonstances de fait qui ont entraîné la décision de l'administration active.

§ 1.

C'est ainsi qu'en matière d'expropriation, le Conseil d'Etat recherche si, des faits qui ont accompagné l'émission des décrets déclaratifs d'utilité publique, se dégage un détournement de pouvoir : « Considérant que les requérants n'établissent pas que le décret attaqué a eu en vue de favoriser des intérêts particuliers, qu'il ressort au contraire de l'instruction que la dérivation des eaux du Loup aura pour effet de suppléer à l'insuffisance du débit de la Siagne, tant pour l'alimentation de la ville de Cannes que pour l'irrigation de plusieurs communes... », (1) et cet examen du fait lui permet d'écarter tout grief de détournement de pouvoir.

Il en est de même dans toutes les hypothèses où le Conseil d'Etat recherche si par leur nature des travaux peuvent donner lieu à expropriation (2).

§ 2.

Même recherche en ce qui concerne *les refus ou les retraits de permission de voirie* dans le 2^e arrêt Compagnie du Bourbonnais (3) ; le Ministre des Travaux Publics pour refuser une deuxième fois la permission, s'était borné, nous le savons, au faux prétexte de l'intérêt général ; le Conseil d'Etat annule cette décision en ces termes : « Qu'une telle allégation, [suivant laquelle l'intérêt général s'opposerait à l'admission de la demande] n'est en somme qu'un

(1) 26 janvier 1906, BÉRENGER, *Rec.*, p. 89.

(2) 8 mai 1914, RIVIÈRE, *Rec.*, p. 557.

(3) 4 août 1922, Compagnie du Bourbonnais, *Rec.*, p. 732.

refus pur et simple », formule qui signifie implicitement que le Conseil d'Etat a estimé, qu'en fait, l'intérêt général n'exigeait pas un refus de la demande de permission.

En matière de retrait, citons l'arrêt BONDATZ (1) où le fait d'avoir donné à un chemin en bordure d'un lac la largeur inusitée de 37 mètres est relevé comme l'indice d'un détournement de pouvoir, en raison du manque de proportion entre cet élargissement et les besoins de la circulation.

§ 3.

C'est surtout en matière de *délimitation des cours d'eau et d'autorisations en rivière* que l'examen des faits apparaît lié le plus étroitement à la critique du détournement de pouvoir.

Si l'autorité compétente, pour délimiter le lit des cours d'eau navigables et flottables, agit non dans le but d'assurer la conservation du domaine mais en vue d'inclure dans celui-ci une partie des propriétés privées qui le bordent, le détournement de pouvoir est saisi par le juge dans l'examen même des conditions géographiques de la délimitation : « Considérant que le relief et la direction des côtes... l'étendue et la forme du bassin qu'elles circonscrivent en aval de la délimitation contestée, révèlent l'existence d'une baie maritime qui pénètre à une certaine profondeur dans les terres et dans laquelle la Seine a son embouchure ; que si les eaux du fleuve parcourent cette voie avant de gagner la pleine mer en suivant un chenal relativement étroit, il ne s'ensuit pas que la baie puisse être considérée comme formant le lit du fleuve ; que les atterrissements qui se forment dans la baie... proviennent non des apports du fleuve mais des eaux de la mer... ; qu'ainsi le caractère maritime de la Seine en aval de la délimitation

(1) 30 juillet 1915, BONDATZ, p. 262.

contestée résulte à la fois de la configuration physique de la dite baie, de la nature des eaux qui l'occupent, et de la nature des atterrissements qui s'y forment ; qu'il suit de là que les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation de la délimitation dont il s'agit » (1).

Faire respecter, en effet, la notion d'intérêt général qui en matière de police des eaux est limitée à l'intérêt du libre écoulement de celles-ci (art. 12, loi de 1898), à l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publique (art. 14) (2), cela n'est possible qu'en examinant si l'état du cours d'eau ou les besoins des riverains requièrent la mesure prise par le préfet. Dans l'arrêt CONVERT (3) par exemple, l'arrêté attaqué qui imposait au requérant un abaissement du niveau légal de la retenue de son usine, se fondait, nous l'avons noté, sur le danger des inondations de la rivière. Dans ces conditions, pour « dire le droit », force était bien de « dire le fait ». Et c'est ce que n'hésite pas à faire le Conseil d'Etat : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le mécanisme du moulin est *suffisant* pour assurer dans les conditions réglementaires l'écoulement des eaux... ».

D'autres fois, le Haut Tribunal décidera, en s'appuyant sur le résultat d'enquêtes ou d'avis techniques, que l'élévation des eaux consécutives à la fixation de la hauteur d'un barrage ne présente aucun danger pour les propriétés riveraines, et il va jusqu'à rétablir le vrai caractère des contestations portées devant lui en les rattachant à des débats purement privés entre groupes d'usiniérs (4).

(1) C. E., 10 mars 1882, DUVAL, D. P. 1883.3.73.

(2) Toute intervention ayant un but différent, fut-elle dictée par un intérêt général incontestable, serait entachée d'excès de pouvoir. C'est ainsi que le Conseil d'Etat annule pour détournement de pouvoir l'arrêté ordonnant la démolition d'un barrage lorsqu'il résulte de l'instruction que la mesure a été prise principalement dans l'intérêt de la conservation d'un pont desservant une route départementale (Conseil d'Etat, 30 janvier 1914, COLOMB, p. 116).

(3) 7 août 1903, CONVERT.

(4) Conseil d'Etat, 1^{er} décembre 1893, D. P. 94.3.88 ; V. C. E., 20 juin 1913, MARTIN : le Conseil d'Etat constate que l'éperon d'un mur rentre bien dans un cours d'eau.

Il est intéressant de constater que bien avant l'introduction de l'ouverture pour détournement de pouvoir, la jurisprudence s'est livrée à une recherche au moins implicite du fait ; si elle ne résulte pas des considérants qui sont souvent très brefs, elle est commandée du moins par la question que s'est posée le juge : la mesure est-elle dictée ou non par l'intérêt général ?

Un arrêt duc de CONÉGLIANO (1) relève que l'arrêté préfectoral prescrivant à un propriétaire la modification des ouvrages de dérivation d'un ruisseau effectués pour l'embellissement de son parc, « n'a pas été pris dans un but d'utilité publique » ; et nous savons aussi qu'il ne peut être ordonné un abaissement de la retenue d'un moulin lorsque le régime de celui-ci ne nuit pas au libre écoulement des eaux (2).

Semblablement, le curage sera déclaré par le Conseil d'Etat avoir présenté un intérêt général « lorsqu'il résulte de l'instruction que le ruisseau était encombré de vase, d'herbes, de racines qui en retardent le cours dans une étendue de *plusieurs kilomètres* » (3). Sera également annulé l'arrêté de curage qui ne s'est pas conformé à *l'état des lieux* (4).

§ 4.

De même, lorsqu'il s'agit d'autoriser l'*exploitation d'une source minérale*, les demandes ne doivent être appréciées par l'administration que du point de vue de l'intérêt général. Le Conseil d'Etat examine si le ministre s'est livré en fait à cette recherche (5) : « que le ministre n'a pas entendu apprécier la demande qui lui était soumise au

(1) 19 juin 1863, Duc de CONÉGLIANO.

(2) C. E., 23 mars 1870, D. P. 71.3.29 et encore 24 janvier 1856, précité, D. P. 57.3.16.

(3) C. E., 28 juillet 1905, BOITEL de DIEUVAL, précité, D. P. 1907.3.39.

(4) 18 décembre 1896, de POMEREU, précité, *Rec.*, p. 849.

(5) 6 décembre 1878, LARBAUD, *Rec.*, p. 972.

point de vue de la santé publique ; qu'en refusant l'autorisation d'exploiter il a entendu prendre une mesure de conservation pour la protection d'une source minérale voisine ».

§ 5.

En matière de *police municipale*, l'examen du fait conditionne d'une manière particulièrement éclatante la critique du détournement de pouvoir.

Les actes des assemblées locales constituent, en effet, un domaine remarquablement riche en détournement de pouvoir ; la tutelle du juge complète alors fort heureusement la tutelle administrative, car loin d'être assujettie comme cette dernière aux règles rigides de la loi départementale ou de la loi municipale en matière d'annulation, elle se modèle sur les aspects variés que présentent les froissements des libertés individuelles et obéit à des « directives » infiniment plus souples que les prescriptions légales : nous voulons parler de la notion-directive d'intérêt général.

Il n'y a pas de pouvoir qui puisse être plus facilement détourné de son but que le « pouvoir municipal ». Cela résulte d'abord de l'étendue des droits que notre régime de large décentralisation a conférée aux autorités locales en 1884, en l'accentuant en 1926. Cela résulte, d'autre part, des missions à la fois vagues et extensives données par la loi aux municipalités en les chargeant d'assurer « l'ordre public ». On a souvent remarqué qu'il n'y a pas de pouvoir qui se heurte plus directement à nos libertés traditionnelles, liberté du culte, droit de réunion, liberté de la propriété, liberté du commerce et de l'industrie ; si bien qu'on aurait peine à concevoir un arrêté de police, ainsi que le remarque MORGAND (1) qui n'ait pas

(1) *La loi municipale*, t. I, p. 711.

pour conséquence de porter atteinte à quelques uns de ces droits.

C'est donc en cette matière que le recours pour excès de pouvoir apparaît comme l'instrument particulièrement habile à protéger notre héritage constitutionnel, instrument « mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue » (1).

1. L'*administration locale proprement dite* recèle de très nombreux cas de détournement de pouvoir. Nous en citerons quelques-uns particulièrement significatifs de la liaison du fait et du droit.

Le Conseil d'Etat censure sévèrement les mesures qui apparemment dirigées vers un but d'intérêt général, constituent néanmoins des abus de puissance attentatoires à notre régime de liberté ; en prenant, par exemple, l'initiative de réglementer la vente du poisson pour obliger les pêcheurs à se servir des commissionnaires de la halle, le juge relève que le maire n'avait pas eu pour but d'assurer la commodité de la circulation ou la salubrité publique, mais n'a agi que dans l'intérêt financier de la commune afin d'assurer à son budget le produit des redevances pour occupations des places dans les marchés (2). D'autres fois, les maires s'efforceront d'utiliser leur pouvoir de police en vue de réduire les dépenses ou d'accroître le domaine de la commune (3). Mais le plus souvent il s'agira de la violation de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par la loi des 2-17 mars 1791. C'est que s'il est dans l'esprit du pouvoir de police d'imposer légalement des limites à l'activité privée (4), dans un but d'ordre public, ou de les

(1) Conc. de M. le Commissaire du Gouvernement PICHAT, sous LA-FARGE, 8 mars 1912., *Rec.*, p. 351.

(2) 15 février 1895, TOSTAIN, *Rec.*, p. 150.

(3) 17 avril 1869, TABARDEL, *Rec.*, p. 389 ; V. dans le même sens : 23 janvier 1868, TERRAVALIEN, *Rec.*, p. 85, à propos des conditions imposées à un propriétaire pour reconstruire à l'alignement.

(4) Exemple : mesures imposées aux débitants de boissons pour per-

soumettre à une réglementation (1) ou à une restriction (2), il faut que ces mesures soient prises dans un but d'utilité publique : sécurité, santé publique (3).

De même, la légalité de la *création de services municipaux* s'apprécie, en vertu d'une jurisprudence constante, grâce au critère des « circonstances exceptionnelles ».

S'il est prouvé par l'examen des faits que la commune ne peut attendre de l'initiative privée l'entreprise de certains services considérés comme d'utilité publique, tels une boulangerie (4), une boucherie, un service de bains-douches (5), un lavoir municipal (6), voire même un théâtre (7); bref dans tous les cas de « défaillance ou d'insuffisance de

mettre leur surveillance ; 26 décembre 1930, Concl. de M. ETTORI, Syndicat d'initiative de Tourette.

(1) 27 juillet 1928, Automobiles Renault.

(2) 22 décembre 1905, LEMARCHAND ; interdiction aux bouchers de s'approvisionner dans certaines halles.

(3) 31 juillet 1908, SEECHER. Interdiction d'introduire des poitrines de porc dans la commune. Par contre un maire agirait légalement en délimitant les emplacements affectés à la tenue des marchés forains sur les voies publiques dans le but de faciliter la circulation dans la commune, alors même qu'il résulterait de cette mesure un avantage indirect pour le commerce de détail ; C. E., 6 janvier 1933, RATTO et autres, D. H. 1933, p. 167.

Le maire resterait également dans la légalité en refusant d'autoriser un établissement forain, si sa décision n'est inspirée que par la volonté d'assurer l'ordre public ; C. E., 5 janvier 1924, sieur RIPERT, *Rec.*, p. 17.

(4) 27 mars 1930, CONNAT, D. H. 1930, p. 320. La création d'une boucherie devient licite en temps de guerre.

(5) 26 janvier 1906, Chambre syndicale des propriétaires de Bains-douches, *Rec.*, p. 91. M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER expose à cette occasion que l'action économique d'une commune n'est pas licite quand elle constitue une intervention ayant pour effet de porter une atteinte volontaire et systématique à la liberté du commerce et de l'industrie. La commune ne peut jeter dans la lutte industrielle, dit-il, le poids de la richesse collective. Elle ne peut modifier artificiellement les conditions économiques de la libre concurrence. Le Conseil d'Etat relève dans l'arrêt : « Les bains sont gratuits, sous la seule réserve d'une redevance de 0 fr. 10 pour la location du linge. *Dans ces conditions*, ils ne peuvent être considérés comme faisant l'objet d'un commerce ou d'une industrie. L'installation de cet établissement ne constitue qu'une amélioration apportée dans le fonctionnement du service public et général de l'hygiène. » Même formule dans l'arrêt CHAPELON.

(6) 19 avril 1878, CHAPELON, *Rec.*, p. 863.

(7) 11 juin 1926, RAYNAUD, Concl. de M. RIVET, *R. D. P.*, 1926, p. 697.

l'initiative privée », — pour reprendre les propres termes dont se sert le Conseil d'Etat (1) — la création d'un service municipal devient licite. « Les conseils municipaux peuvent, dans des *circonstances exceptionnelles*, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés » (2) déclare le Conseil d'Etat.

Ainsi, aux mains du juge, la directive de « circonstance exceptionnelle », de « situation particulière » (3) va permettre, en l'absence de dispositions spéciales dans les chartes municipales, de délimiter la compétence des collectivités décentralisées, de faire le départ — et ensuite la conciliation — entre l'intérêt général et l'intérêt privé. Là encore l'instrument jurisprudentiel manié par le Haut Tribunal administratif s'adaptera au réel avec une exactitude que ne permettrait pas un critère légal rigide.

Semblablement les circonstances pourront légitimer une subvention à un médecin (4), à une coopérative de boulangerie (5). Mais une subvention à une société privée, bien qu'elle présente un certain intérêt pour la collectivité, n'est pas licite (6), lorsqu'elle ne répond à aucune « circonstance exceptionnelle »

La marche du raisonnement jurisprudentiel en toute

(1) C. E., 21 janvier 1921, Syndicat des agents généraux de Compagnies d'assurances du territoire de Belfort, p. 82 et C. E., 28 déc. 1921, Union départementale des assurances du Nord, p. 1099.

(2) C. E., 29 mars 1901, CASANOVA, S. 1901.3.73.

(3) 13 juillet 1928, BURGEAT, D. H. 1928, p. 515.

(4) C. E., 9 juillet 1909, BOUREAU, *Rec.*, p. 673.

(5) 1^{er} février 1901, DESCROIX, *Rec.*, p. 105, note de M. HAURIU, S. 1901.3.41.

(6) 25 novembre 1927, Société ARBEL, concl. de M. LATOURNERIE : Une commune avait accordé pendant 25 ans une subvention à une société sous forme de remise de droits d'octroi et c'est seulement après ce délai que le conseil municipal voulut répéter les sommes versées à raison de l'illégalité de la subvention. Le Commissaire du Gouvernement avait conclu à la légalité de la subvention en raison du caractère d'intérêt général de l'entreprise, mais le Conseil d'Etat a maintenu ce principe traditionnel qu'il n'appartient pas au conseil municipal d'allouer des subventions à des entreprises privées « qu'il ne peut être dérogé à cette règle que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public l'exige ».

cette matière est fort bien indiquée dans un arrêt DELACOUR (1) : « Considérant que la taxation de la viande ne peut être regardée comme une mesure de police ayant pour objet la tranquillité publique ; *que si elle intervient dans des circonstances exceptionnelles* où cette tranquillité risquerait d'être troublée par le libre exercice de la boucherie et pour le *temps pendant lequel ces circonstances se maintiendraient* ; qu'au moment où sont intervenus les arrêts attaqués, *de telles circonstances n'existaient pas* ».

Pareillement, un arrêt BURGEAT (2) décide qu'un service de ravitaillement présente un caractère commercial ; qu'en conséquence l'autorité municipale ne peut intervenir que dans un but « d'intérêt public » et s'il existe une « situation particulière ». C'est le même critérium qui est appliqué dans l'arrêt récent Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers (3) bien que les décrets du 5 novembre et du 29 décembre 1926 aient voulu innover par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat antérieure à la réforme (4) ; comme en 1928 dans l'arrêt BURGEAT, le Conseil d'Etat substitue l'expression « circonstances particulières » à celle de « circonstances exceptionnelles ». Le Commissaire du Gouvernement, M. JOSSE (5), dans cette affaire, a pris soin de noter le « relativisme » de cette appréciation du juge dans laquelle rentrent en balance des éléments de fait, de temps, de lieu, qui présente un assouplissement de la directive jurisprudentielle et non une divergence de doctrine par rapport à la jurisprudence antérieure à 1926.

2. Très nombreux sont les arrêts qui en matière *cultuelle* délimitant les droits du maire et du curé, apprécient les faits.

(1) 29 juin 1928, DELACOUR.

(2) 13 juillet 1928, BURGEAT.

(3) 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, Syndicat professionnel des épiciers en détail (2 arrêts), p. 583 ; V. R. D. P., 1930, p. 530 et suiv.

(4) V. rapport au Président de la République, *Journal officiel*, 1926, p. 13742

(5) Concl. de M. JOSSE, R. D. P., 1930, p. 53.

Tout d'abord, c'est le juge administratif qui appréciera la qualité de desservant d'une paroisse (1). « Considérant qu'il n'est pas douteux que le sieur S... occupe l'église de J... en qualité de ministre du culte catholique ; qu'à ce titre il est chargé de régler les heures d'ouverture de l'église ; que dès lors il n'appartient pas au maire de se servir des pouvoirs de police qui lui ont été conférés dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique pour régler l'usage de l'église par les fidèles » (2). Il décidera que les emblèmes religieux peuvent être associés aux couleurs nationales à l'intérieur des églises, lorsque cette exposition ne présente aucun danger pour la sécurité publique (3). Qu'ils peuvent être apposés sur les monuments aux Morts de la Guerre lorsque les « circonstances » locales le permettent : « ... que s'il appartient au maire d'interdire l'apposition sur le monument aux Morts de la Commune quand les circonstances l'exigent... il ne peut prohiber le simple dépôt de croix... en empêchant les familles de rendre à leurs morts, un hommage de forme normale et traditionnelle » (4).

Nombreux sont les arrêts qui annulent les arrêtés de maires réglementant l'usage des sonneries de cloches lorsqu'en raison des circonstances locales cette mesure apparaît non justifiée (5).

Notons qu'il n'y a plus détournement de pouvoir mais violation de la loi proprement dite lorsque le maire ordonne des sonneries en dehors des cas où elles sont prévues par la loi ou les usages (6).

(1) V. C. E., 14 janvier 1913, GUITON, *Rec.*, p. 204, Concl. de M. CORNEILLE.

(2) C. E., 11 avril 1913, p. 393.

(3) 10 août 1917, Concl. de M. CORNEILLE, *Rec.*, p. 636 ; V. S. 1918-1919 plusieurs arrêts en ce sens et la note de M. HAURIU.

(4) 4 juillet 1924, GUERLE.

(5) V. l'arrêt de principe, 5 août 1908, MOREL, p. 865, Concl. de M. SAINT-PAUL, *Rec.*, p. 865 ; V. dans le même sens : 15 mars 1912, MEURGEY ; 12 novembre 1915, OLIVIER. Le Commissaire du gouvernement explique que le maire ne peut déroger aux usages locaux que pour « motif légitime », c'est-à-dire en vue d'assurer la tranquillité publique.

(6) V. art. 100-101, loi 1884 modifiée par art. 27, § 2 de la loi de sépara-

Le maire apprécie en qualité d'administrateur la gêne que provoquent les sonneries abusives. Il est en droit d'interdire les sonneries trop matinales (1), de limiter leur durée (2).

Les *processions* sont réglementées par le maire sous le contrôle du Conseil d'Etat en considération de faits ou d'usages locaux « qu'il appartient au juge... d'apprécier suivant les *circonstances de la cause* si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ce pouvoir un usage non autorisé par la loi ; qu'il est établi que les dispositions dont il s'agit ont été dictées par des considérations étrangères à l'objet en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations » (3). Semblablement, le Conseil d'Etat annule une interdiction de procession relative au culte des morts et répondant à d'anciens usages (4). Et la jurisprudence admet de plus en plus facilement d'accepter des faits la preuve qu'il y a ou non excès de pouvoir (5).

L'on sait que les mêmes principes s'appliquent aux *manifestations laïques*. Le Conseil d'Etat examine s'il résulte des pièces du dossier que le maire s'est servi de ses pouvoirs de police dans un but autre que celui d'assurer le bon ordre (6) ; il relèvera, par exemple, que le défilé

tion et art. 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 ; V. pour l'étendue à donner à l'expression « sonnerie civile ». C. E., 2 avril 1924, LESPLACES.

(1) 5 août 1908, LECLERCQ.

(2) 27 juillet 1923, SCOLARY ; 25 novembre 1925, LE DARS.

(3) 19 février 1909, Ville de Sens et Concl. de M. CHARDENET ; 1^{er} mai 1914, DIDIER ; 14 février 1908, VALETTE ; 4 avril 1914, CIBOT.

(4) 10 décembre 1920, BÉHAGUE.

(5) V. 5 mai 1928, PIMBERT et REROLLE, à propos de processions ne répondant cependant pas à une tradition locale.

(6) 31 janvier 1919, Société de gymnastique « Les Coquelicots », *Rec.*, p. 104. Dans un arrêt du 23 déc. 1932, Société l'Eveil de Contres, le Conseil d'Etat décide que le maire en interdisant à une Société musicale de jouer à l'intérieur d'une agglomération, — alors qu'il accorde cette autorisation à une société, et sans que ces décisions soient justifiées par la nécessité du maintien de l'ordre, commet un détournement de pouvoir. D. H. 1933, p. 120.

« dans les conditions où il devait avoir lieu pouvait provoquer des désordres » (1).

M. le Commissaire du Gouvernement CHARDENET marquait fort bien, à propos des contestations survenues à l'occasion de manifestations extérieures du culte, la mission délicate qui incombe au juge administratif dans l'appréciation des pouvoirs des maires. Dès 1909, il proclame le droit et le devoir du juge d'apprécier pleinement *les circonstances de fait* : « quelque délicate que soit cette appréciation des faits, il vous appartient de la faire du moment que le recours pour excès de pouvoir est recevable, du moment qu'il est établi que les particuliers peuvent venir vous dire que le maire s'est trompé » (2). De son côté M. le Commissaire du Gouvernement CORNEILLE (3) revendique pour les juges le droit d'apprécier l'attitude des maires en fonction des « circonstances de la cause », des « habitudes » et des « traditions locales ».

On peut conclure de cette jurisprudence dont les espèces sont infinies, que le plus souvent (4) — toujours dans les arrêts que nous avons relatés — le détournement de pouvoir résulte d'une appréciation par le juge des circonstances de fait qui ont entouré la décision attaquée. Certes, il faut pour que les arrêtés municipaux soient légaux, que le maire se soit conformé aux règles de sa compétence et que l'objet de sa décision concorde avec l'intérêt général, tel que le précise la charte municipale sous les trois formules : ordre, sécurité, salubrité.

Mais il faut encore que la décision motivée par l'intérêt général réponde adéquatement à la situation de fait à laquelle elle a pour but de satisfaire. On saisit maintenant comment le problème de cette adaptation prolonge en

(1) 3 févr. 1911, BOILLOT ; V. de même, 22 juil. 1910, Fouquières-les-Lens.

(2) Concl. sous C. E., 19 février 1909, abbé OLIVIER.

(3) Concl. sous C. E., 10 août 1917, BALDY.

(4) V. les restrictions que nous avons faites au début de ce paragraphe en ce qui concerne l'examen du fait dans le détournement de pouvoir.

quelque sorte la critique des motifs telle que nous l'avions envisagée au chapitre précédent. Il constitue le moment (1) déterminant du travail du juge de l'excès de pouvoir, si bien que les deux premières opérations que nous venons d'indiquer ne servent, selon la remarque de M. ALIBERT, « qu'à résoudre deux questions préalables » (2).

SECTION II

L'examen du fait dans la violation de la loi.

La violation de la loi s'est de nos jours, nous l'avons indiqué, considérablement élargie. Elle est devenue « la violation de la règle de droit » (3).

Nous ne nous étonnerons donc pas d'assister sous cette rubrique à un accroissement corrélatif de l'appréciation du fait par le juge : « le Conseil d'Etat est arrivé à s'attribuer des pouvoirs d'investigation sur le fond et sur les faits, de telle sorte que l'on doit regarder comme entaché d'excès de pouvoir tout acte qui est juridiquement critiquable » (4).

« La violation de la loi, déclare M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU (5), entraîne la plupart du temps l'appréciation de circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre ; ainsi constamment le Conseil d'Etat est amené à rechercher, *en fait*, si dans la manière dont l'administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois », « si telle mesure prescrite rentre, à raison de son caractère de gravité, dans la catégorie de celles qu'elle peut imposer sans violer le droit

(1) Moment est pris au sens latin de *momentum*.

(2) *Op. cit.*, p. 293.

(3) M. ALIBERT, chapitre IV.

(4) M. ALIBERT, p. 259.

(5) Concl. sous C. E., 30 novembre 1906, JACQUIN, *Rec.*, p. 862.

de propriété ou la liberté du commerce, ou tel autre droit individuel ».

Etendant toujours plus avant le « règne de la légalité » et de la « bonne administration » (1), il remplit une mission juridictionnelle qui rappelle par instants celle d'un supérieur hiérarchique (2).

M. ALIBERT (3) groupe sous le titre « violation des lois et règlements » la violation de la loi proprement dite, l'erreur de droit, c'est-à-dire la fausse interprétation ou la fausse application de la loi, l'erreur de fait, c'est-à-dire l'application de la loi « dans des circonstances de fait exclusives de cette application ». Nous adoptons ces divisions pour l'étude de la recherche du fait dans la violation de la loi, mais, pour la facilité de l'exposition, nous réunirons en une seule rubrique violation de la loi proprement dite et erreur de droit.

On examinera donc la recherche du fait successivement dans la violation de la loi et l'erreur de droit, puis dans l'erreur de fait.

§ 1. — *La recherche du fait dans la violation de la loi proprement dite et dans l'erreur de droit.*

Chacune des rubriques précédemment envisagées pourrait être assortie, sous le titre de la violation de la loi, d'exemples dans lesquels l'examen des faits nous apparaîtrait servant de support au grief tiré de la violation de la loi, comme nous l'avons vu servir de support à celui tiré du détournement de pouvoir.

1. Prenons par exemple la *police culturelle*. C'est à une critique du fait que le Conseil d'Etat, après la loi de sépara-

(1) V. note de M. HAURIOU sous C. E., 29 mars 1901, CASANOVA, S. 1901. 3.73.

(2) V. en ce sens : concl. de M. le Commissaire du Gouvernement TEISSIER, sous C. E., 5 juin 1908, MARC, p. 623.

(3) *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 260.

tion (1) a procédé pour décider si telle association culturelle était apte ou non à recevoir les biens ecclésiastiques des établissements dissous (2). Le Commissaire du Gouvernement M. CHARDENET exprimait ainsi quelle devait être la conduite du Haut Tribunal administratif dans ces affaires : « Ce que le législateur a voulu (3) c'est que dans la variété de circonstances de fait... qu'il lui appartient d'apprécier, le Conseil d'Etat envisageât toujours comme circonstance de fait primordiale la situation des associations au point de vue des règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ».

L'un de ces arrêts dispose en ces termes : « Considérant que bien que les prêtres qui la composent [l'association] se prétendent unis au culte luthérien par la foi, *il est constant qu'elle ne s'est pas conformée aux règles d'organisation du culte luthérien en France* ; que, dès lors, les circonstances qu'elle invoque ne sauraient lui donner qualité pour réclamer par voie de dévolution l'attribution des biens » (4). Pour le culte catholique le Conseil d'Etat remarquera pareillement « *qu'à la date où est intervenu le décret attaqué... l'association avait fait appel à un prêtre qui ne reconnaissait pas la hiérarchie ecclésiastique* et s'était maintenu en possession de l'église paroissiale malgré une décision de l'évêque désignant un autre prêtre..., *qu'elle ne s'était pas conformée aux règles générales d'organisation du culte catholique* » (5) ; et il annule le décret, lui attribuant les biens de l'ancienne fabrique.

A l'occasion du gardiennage des églises, bien que la

(1) Art. 4 de la loi du 9 décembre 1905.

(2) V. deux arrêts du 9 décembre 1910, recours formé par des associations culturelles luthériennes.

(3) L'article 8 donne au Conseil d'Etat le pouvoir de prononcer en tenant compte de toutes les circonstances de fait.

(4) 9 décembre 1910, Association culturelle luthérienne de Nice et Association culturelle protestante de Lyon, *Rec.*, p. 906, avec les conclusions de M. CHARDENET.

(5) C. E., 28 juillet 1911, ROUGEGRÉ, *Rec.*, p. 908, concl. de M. CHARDENET.

délibération d'un conseil municipal votant un salaire au ministre du culte pour le gardiennage de l'église et de son mobilier soit licite en principe et ne puisse être déclarée nulle de droit par le préfet (1), le juge recherche si les crédits alloués par la municipalité à cet effet au desservant de la paroisse ne constituent pas une subvention déguisée au culte, interdite par la loi du 9 décembre 1905 (2), si aucune circonstance ne peut justifier une rémunération en raison d'un service spécial (3), ou bien si la location d'un presbytère, immeuble communal, ne constitue pas elle aussi par sa modicité une subvention prohibée (4).

2. Tout récemment, nous le savons, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (5), fixait la portée des décrets de 1926 sur le « municipalisme » en se référant à sa jurisprudence traditionnelle : « Considérant que l'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public constitue une entreprise commerciale et qu'*aucune circonstance particulière à la ville de Nevers ne justifiait la création en 1923 et le maintien au cours des années suivantes, d'un service municipal de cette nature dans ladite ville ; le préfet, en refusant de déclarer nulles les délibérations du conseil municipal organisant ce service a excédé*

(1) 13 décembre 1912, commune de Montlaur, *Rec.*, p. 1193. De même un conseil municipal peut légalement allouer une rétribution à un ministre du culte pour les enterrements de soldats morts pour la France ; 6 janvier 1922, *Rec.*, p. 14, Concl. de M. MAZERAT.

(2) 16 mai 1919, MONTJOIE, *Rec.*, p. 429.

(3) 26 juin 1914, préfet des Hautes-Pyrénées, *Rec.*, p. 1001 ; 6 avril 1927, abbé PAOLI, *Rec.*, p. 499.

(4) 29 novembre 1913, commune de Chambon, *Rec.*, p. 1164 ; 15 mai 1914, commune de Jazennes, *Rec.*, p. 593. La concession à un ministre du culte de la jouissance d'un presbytère appartenant à la commune à titre gratuit constitue une subvention prohibée ; 15 janvier 1901, commune de Gaudonville, *Rec.*, p. 34 ; 15 janv. 1909, commune de Brugnens, *Rec.*, p. 34 ; 22 avril 1910, commune de Villards-sur-Thônes, *Rec.*, p. 328 ; 16 décembre 1910, commune de Caillian, *Rec.*, p. 976 : location pour un prix inférieur à la valeur locative de l'immeuble.

(5) 30 mai 1930, Chambre syndic. du commerce de Nevers, p. 583.

ses pouvoirs ». Les mêmes principes s'appliquent pour juger de l'exercice fait par le maire de son pouvoir de taxation des denrées ; ici encore intervient la notion de circonstance exceptionnelle (1).

3. En matière de *police de la sécurité et de la libre circulation*, le juge pourra admettre que l'autorité municipale ne commet pas d'excès de pouvoir en imposant des conditions rigoureuses à une société automobile qui pratique des essais de châssis (2), en interdisant la circulation de véhicules de poids lourds ne possédant pas un système d'amortisseur diminuant la trépidation causée par leur passage (3) ; en fixant un poids maximum aux véhicules à raison du mauvais état d'une passerelle, ou du manque de solidité de la voie (4) ; en décidant que les troupeaux ne pourront traverser les rues de la commune que s'ils sont conduits (5).

De même si le maire peut, dans l'intérêt de la commodité de la circulation et de la sécurité des voies publiques, prescrire des itinéraires spéciaux aux entreprises de transport en commun pour la traversée de la ville, interdire par exemple la montée ou la descente des voyageurs en dehors de certains points, il ne pourrait prescrire des mesures qui auraient pour effet d'empêcher complètement le fonctionnement de ces services (6).

Le Conseil d'Etat a décidé que pour assurer la liberté de la circulation des voies publiques, le maire de Chaumont-sur-Loire pouvait légitimement imposer aux automobiles l'obligation de ne stationner aux abords du châ-

(1) 29 juin 1928, DELACOUR, précité.

(2) 27 juillet 1928, RENAULT, précité.

(3) 22 avril 1921, Société de l'auto-traction et autres, *Rec.*, p. 390.

(4) 1^{er} janvier 1923, VERMOT ; 29 janvier 1926, Plâtrières de Bagnolet. 6 janvier 1933, RATTO et autres. D. H. 1933, p. 167.

(5) 5 décembre 1913, MONVOISIN, *Rec.*, p. 1206.

(6) 29 janvier 1932, Société des autobus antibois c/ maire de Cannes, *Revue des concessions départementales et communales*, 1933, p. 16 ; 28 octobre 1932, Société des Chemins de fer du Var et du Gard, *eod. loc.*

teau qu'en certains lieux déterminés. « L'afflux des touristes venant visiter le château, et la largeur insuffisante des voies d'accès », « *la durée prolongée des stationnements effectués par ces voitures* » constituent pour le Conseil d'Etat des « *circonstances particulières* » qui autorisent une extension des pouvoirs de police du maire (1).

Dans un but de sécurité, le maire pourra prescrire que l'éclairage des voies privées ouvertes à la circulation devra être assuré d'une manière suffisante, aux mêmes jours et aux mêmes heures que l'éclairage des rues (2), ordonner la fermeture d'une église menaçant ruine (3), soumettre à réglementation telle activité lorsqu'elle est exercée par certaines personnes dans certains lieux, par exemple soumettre à autorisation les représentations données dans des débits de boissons (4).

4. *En matière de police de la salubrité*, le juge, tel un administrateur, décidera du caractère normal du cube d'air d'un local (5) et prononcera les mesures d'hygiène prescrites, par exemple la suppression de cloisons entre des pièces insuffisamment éclairées (6) ; il se prononcera sur la possibilité de permettre l'adoption de tels matériaux pour la confection des cheminées (7) ; il interdira, étant

(1) C. E., 10 janvier 1930, DESPUJOL, *Rec.*, p. 30.

(2) 31 mars 1905, Dame PLUQUET et autres, *Rec.*, p. 322.

(3) C. E., 25 mai 1911, FERRY : « considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment des rapports d'architectes versés au dossier qu'une grande partie de la voûte de la nef centrale de l'église de B. s'est effondrée et qu'il y avait lieu de craindre que de nouveaux effondrements entraînent la chute du reste de l'édifice, que dans ces circonstances de fait les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le maire a fait un usage abusif de ses pouvoirs de police... en ordonnant la fermeture totale de cette église ».

(4) C. E., 24 février 1911, DEBRIT, *Rec.*, p. 237 ; 4 février 1927, BENOIST, *Rec.*, p. 152 ; V. pour des bals publics, 29 décembre 1922, FROMENT, p. 1005 ; 2 août 1912, NEVEU, p. 919 ; V. Concl. de M. le Commissaire du Gouvernement ETTORI, sous C. E., 26 octobre 1930, Syndicat d'initiative de Tourrette-Levens, *R. D. P.*, 1930, p. 335.

(5) 5 juin 1908, GAVIGNOT, *Rec.*, p. 269.

(6) 28 janvier 1920, MUNIER, *Rec.*, p. 94.

(7) 10 novembre 1916, MARG.

donné la disposition d'un quartier, l'emploi de certaines substances dans la construction des immeubles (1) ; il prescrira aux propriétaires d'immeubles non pourvus du tout à l'égoût l'emploi d'un système spécial de lavabos (2) ; mais s'il ne relève pas de causes d'insalubrité, il annulera, par exemple, l'arrêté du préfet de la Seine ordonnant le remplacement du système de fermeture de ceux-ci (3).

En ce qui concerne les immeubles à reconstruire, le maire, en vertu des pouvoirs très larges qu'il tient de la loi du 15 février 1902 en matière de règlement sanitaire, peut exiger des propriétaires riverains des voies publiques l'installation d'un système souterrain d'écoulement des eaux (4) ; il pourra même prescrire le dépôt des plans (5).

Le Conseil d'Etat décidera par contre que serait entaché d'excès de pouvoir l'arrêté municipal qui prescrirait d'aménager des logements d'un nombre déterminé de pièces selon le nombre des habitants (6). Le juge estimera, vu les circonstances, que le maire, à titre individuel, si l'insalubrité d'un immeuble vient du manque d'eau potable, pouvait légitimement mettre son propriétaire en demeure d'établir une canalisation d'eau desservant les étages (7).

De même, si les mesures contre la propagation des moustiques sont au nombre de celles qui peuvent être fixées par le maire en vertu de ses pouvoirs de police, celui-ci excéderait ses pouvoirs en imposant à tous les propriétaires d'une commune l'obligation de prendre certaines précautions alors que la présence des insectes n'est constatée que dans certains quartiers (8).

(1) 7 mai 1926, SOURISSE.

(2) 22 mai 1912, consorts MANTOIS, *Rec.*, p. 593.

(3) 20 octobre 1918, Dame LEROY, p. 883.

(4) 13 mars 1914, LE COURTOIS, *Rec.*, p. 340.

(5) C. E., 9 mars 1900, BOUCHER D'ARGIS, *Rec.*, p. 187 ; il pourra reconnaître à l'Administration le droit d'approuver les appareils, 30 juillet 1909, MARC.

(6) 22 mai 1912, D'ANDOQUE DE SERIÈGES, *Rec.*, p. 592.

(7) 30 juillet 1909, BAYET, *Rec.*, p. 785 ; 8 janvier 1919, LECORDIER, *Rec.*, p. 5 ; 28 janvier 1920, MUNIÉ, *Rec.*, p. 94.

(8) 13 décembre 1912, MARAT, *Rec.*, p. 1196.

M. le commissaire du gouvernement TEISSIER (1) traçait en ces termes la politique jurisprudentielle à suivre par le Conseil d'Etat dans la critique des actes du pouvoir municipal en matière sanitaire : « Vous aurez à rechercher si les maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique ; si les dispositions des règlements sanitaires ne sont pas contraires à quelque principe de droit public ou à quelque droit privé particulièrement respectable » ; et il montrait la nécessité d'un « dosage méticuleux » à opérer entre l'intérêt général et l'intérêt privé qui lui faisait voir dans la mission du juge en pareille matière plus un « contrôle administratif supérieur exercé *a posteriori* en la forme judiciaire qu'un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit de ce mot ».

5. Lorsqu'il s'agit de fixer *le domicile de secours* d'un inscrit maritime, le Conseil d'Etat remarquera souvent que les faits ne lui permettent pas de le déterminer (2). Il en est de même pour le domicile de secours prévu pour l'assistance aux vieillards, infirmes, incurables (3).

En matière *d'affouages*, il examinera les moyens d'existence des requérants : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la famille de la dame veuve AUGONIN n'était pas à sa charge ; que cette dernière ne possédait pas dans la commune de Villers-la-Combe un ménage distinct où elle préparait et prenait sa nourriture ; qu'ensuite la dame A... ne justifiant pas qu'elle est chef de famille au sens de l'art. 105 du Code forestier, n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le Conseil de préfecture a rejeté sa demande » (4) ; ou encore que telle dame « prenant ses

(1) Concl. sous C. E., 5 juin 1908, MARC, p. 623.

(2) 10 janvier 1930, Ville de Brest, *Rec.*, p. 27.

(3) C. E., 6 novembre 1929, p. 944 ; 5 janvier 1917, commune d'Anthon, p. 11 ; 9 mai 1917, commune de Saint-Brisson, p. 369.

(4) 4 décembre 1930, Dame veuve AUGONIN c/ commune de Villers-la-Combe, *Rec.*, p. 1019.

repas en commun avec ses enfants ne possédait pas un ménage distinct du leur » (1).

Nous ne multiplierons pas davantage les exemples. Nous dégageons bien maintenant cette idée générale que l'appréciation du fait est un moyen pour le juge de déceler l'excès de pouvoir, qu'il s'agisse du détournement de pouvoir ou qu'il s'agisse de la violation de la loi.

Le fait, serions-nous tentés de dire, est, aux mains du juge, dans ces hypothèses, un moyen de juger en droit. Cette vue constitue pour notre étude un résultat acquis.

En dehors de la violation de la loi proprement dite et de l'erreur de droit — cadre général dans lequel prenaient place les décisions de jurisprudence que nous avons rapportées — l'examen du fait est encore entrepris par le juge administratif dans les cas de violation de la loi par erreur de fait, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où la fausse appréciation des circonstances de fait a déclenché, à tort, l'application de la loi. C'est dans ce domaine qu'il nous faut maintenant pénétrer.

2. — *La recherche du fait dans la violation de la loi par erreur de fait.*

Il se peut, en effet, que l'administration fasse une fausse application de la loi parce qu'elle a fait une fausse appréciation des faits, soit que ces faits aient été matériellement inexacts, soit qu'ils aient été faussement interprétés. Dans ces deux cas, nous dirons qu'il y a erreur de fait (2).

(1) 7 nov. 1929, commune de Sampans, *Rec.*, p. 962 ; V. C. E., 21 novembre 1929, *Rec.*, p. 1009 ; 4 décembre 1929, p. 1064 ; 24 juillet 1908, commune de Relans, *Rec.*, p. 803.

(2) M. ALIBERT distingue en deux paragraphes, la matérialité des faits de l'illégalité pour erreur de fait, p. 289-295 ; M. HAURIOU réunit les deux cas (p. 429) sous la rubrique : « Faits matériellement inexacts ». Il nous a semblé plus simple d'adopter une division unique sous le titre général « erreur de fait ».

La jurisprudence nous fournit de nombreux exemples de pareilles erreurs *en matière disciplinaire*. Un maire est révoqué pour « manque de décence d'un convoi funèbre auquel il assistait ». Le Conseil d'Etat n'hésite pas à apprécier l'existence des faits incriminés : « Considérant, dit-il, que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application de sanctions prévues par les dispositions précitées ; considérant que le motif tiré de ce que le maire d'Hendaye aurait méconnu les obligations qui lui sont imposées par la loi du 5 avril 1884 en ne veillant pas à la décence d'un convoi funèbre... repose sur des faits et des allégations dont les pièces versées au dossier établissent l'inexactitude ». Et sur un deuxième grief : « considérant d'autre part que le motif tiré de prétendues vexations exercées par le requérant à l'égard d'une ambulance privée révèle des faits qui, outre qu'ils sont incomplètement établis ne constitueraient pas des fautes commises par le requérant dans l'exercice de ses attributions » (1).

Un arrêt GÉRARD (2) dans une espèce semblable, dispose : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité de la mesure ni le bien fondé des motifs, sauf dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués *laisserait sans aucune base l'acte attaqué*, ou si les motifs invoqués n'étaient pas par eux-mêmes de nature à provoquer une mesure disciplinaire ».

Le Conseil d'Etat annule de même une décision du ministre de la Guerre relevant un général de son commandement pour le placer en non activité parce que les faits

(1) C. E., 14 janvier 1916, CAMINO, *Rec.*, p. 15.

(2) C. E., 5 juillet 1918, GÉRARD, *Rec.*, p. 665.

sur lesquels se fondait cette décision étaient inexistants. On lui reprochait d'avoir maintenu contrairement aux instructions qui lui avaient été données, des hommes du service armé dans des emplois qui ne devaient être attribués qu'à des hommes du service auxiliaire : « Considérant... qu'il a été établi que le requérant *ne s'était pas rendu coupable*, comme l'avait fait croire une fausse interprétation du rapport du Général Inspecteur des dépôts, *de l'infraction* aux instructions ministérielles en raison de laquelle il avait été relevé de son commandement » (1). Le ministre reconnut bien que ces constatations étaient erronées, mais il se refusa à remettre le requérant en activité, en se fondant sur son pouvoir discrétionnaire : « Considérant que si le ministre de la Guerre est investi, en ce qui touche le maintien et le non-maintien en activité des officiers placés dans le cadre de réserve, de pouvoirs discrétionnaires qui comportent une souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service, il ne pouvait, comme il l'a fait par la décision attaquée, relever cet officier de son commandement en se fondant uniquement, ainsi qu'il a été exposé plus haut, sur *des faits matériellement inexacts* ; qu'il suit de là que la décision du... est entachée d'excès de pouvoir ».

Constatant encore l'inexactitude des faits qui ont servi de support à un décret de fermeture d'établissement congréganiste, mesure ordonnée par le seul motif « que cet établissement aurait disparu », le Conseil d'Etat annule le décret : « Qu'il résulte de l'instruction et des observations du ministre de l'Intérieur en réponse à la requête que... à la date où le décret a été rendu... les Sœurs de Saint-Charles exerçaient encore à Amplepuis les œuvres de charité envers les malades ; *il suit de là que l'établissement d'Amplepuis n'avait pas disparu* », et le Conseil d'Etat marque nettement la liaison de l'erreur de fait et de

(1) 5 juillet 1918, Général de NOUË, *Rec.*, p. 660.

la violation de la loi : « Ainsi le décret... est fondé sur un motif erroné [lisons un motif de fait erroné] et dès lors a été pris en violation de la loi et il y a lieu d'en prononcer l'annulation » (1).

Dans un arrêt ville de Saint-Etienne (2) on lit : « Considérant qu'il résulte du plan des lieux que le cimetière de... est situé à plus de 40 m. de l'agglomération, qu'il suit de là que le ministre a fondé sa décision sur un *motif dont l'inexactitude est démontrée* et qu'en rejetant par ce motif la demande de la ville, il est fait une fausse application du décret du 23 prairial an 12 » (3).

Il est enfin trois arrêts qui illustrent bien l'erreur de fait ; cesont, d'abord la célèbre affaire TRÉPONT (4) qui concernait la mise en congé d'un préfet prise, disait le dossier « sur sa demande » ; puis l'arrêt BLANCHARD (5) qui visait un déplacement de fonctionnaire appelé, disait le décret, à d'autres fonctions « sur sa demande », alors que dans les deux cas aucune manifestation de volonté de la part de l'agent public ne s'était produite ; enfin l'arrêt LEFRANC visant un licenciement par suppression d'emploi, l'emploi n'étant pas supprimé (6). Ces espèces nous semblent mettre en jeu la théorie de la cause et nous les retrouvons au chapitre que nous avons consacré à celle-ci.

Le plus souvent, les erreurs matérielles ne sont pas involontaires ; M. le commissaire du gouvernement RIVET eut soin, dans l'affaire TRÉPONT, de le noter ; si bien que dans ces hypothèses la découverte de l'erreur de fait n'a pas

(1) 22 février 1918 : Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon, *Rec.*, p. 187.

(2) Conseil d'Etat, 19 juillet 1918, Ville de Saint-Etienne, *Rec.*, p. 739.

(3) Inversement le juge déclarera qu'il a été fait une exacte appréciation de dégradations commises par des chèvres sur une voie ferrée. C. E., 27 novembre 1930, BOYET, *Rec.*, p. 995.

(4) 20 juillet 1920, TRÉPONT, *Concl. de M. RIVET, R. D. P.*, 1922, p. 83.

(5) 23 mars 1923, BLANCHARD.

(6) 22 janvier 1926, LEFRANC, S. 1926.3.25, note de M. HAURIÛV. Voir encore 17 décembre 1926, ALIBERT, pour un déplacement par une mise en disponibilité ; 3 août 1927, GUIBERT.

pour seul effet de faire apparaître « l'application de la loi dans des circonstances de fait exclusives de cette application » (1), elle peut déceler encore l'*animus* de l'agent auteur de l'acte attaqué, atteindre un vice caché du motif qui s'apparente au détournement de pouvoir. Quoi qu'il en soit, notons que le Conseil d'Etat, puisqu'il est juge de « la bonne administration », tout en reconnaissant l'existence d'une erreur de fait, ne verra pas forcément dans celle-ci une cause d'annulation. Alors réapparaît l'idée-directive de « circonstance » avec tout ce qu'elle comporte d'opportunité jurisprudentielle. Ainsi a-t-il fait dans un arrêt MONOD (2) : « Que si c'est à tort que le décret attaqué a nommé le sieur N... en remplacement du sieur MONOD annonçant que ce dernier a été admis à faire valoir ses droits à la retraite, sur sa demande, l'inexactitude de cette mention n'est pas, *dans les circonstances de l'affaire*, de nature à entacher d'illégalité ledit décret ».

C'est à cette « appréciation » (3) des faits par le juge lui-même et non pas seulement à la proclamation de l'erreur de fait, que l'on assiste toutes les fois que l'appréciation des faits est pour le juge « l'unique élément de vérification de la légalité » (4). Il en sera ainsi dans la matière bien connue des *perspectives monumentales* pour déclarer que le préfet de la Seine, compétent aux termes de la loi du 13 juillet 1911, art. 118, pour refuser les permis de construire dans l'intérêt de l'esthétique des voies, a commis dans tel cas un excès de pouvoir. Dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat porte un « jugement esthétique » (5) qu'il substitue à celui du préfet. Pour cela, il est amené de nouveau à dire le fait pour dire le droit. Il décidera, par exemple, que la Place Beauvau ne constitue pas une perspective

(1) ALIBERT, *op. cit.*, p. 260.

(2) 28 juin 1907, MONOD, *Rec.* p. 616.

(3) C'est l'expression dont se sert M. ALIBERT, chapitre III, section II.

(4) ALIBERT, *op. cit.*, p. 51.

(5) ALIBERT, *op. cit.*, p. 297.

monumentale (1), qu'au contraire l'Etoile et la Madeleine (2) présentent ce caractère. Il va assouplir le contentieux de l'annulation jusqu'à fixer les mesures compatibles avec le maintien de telle perspective (3).

Saisi de recours contre les refus des communes d'inscrire à leur budget les crédits nécessaires au paiement d'indemnités pour *logement insuffisant de l'instituteur*, le Conseil d'Etat recherche si les locaux affectés à ce fonctionnaire présentent un caractère convenable. Là, comme en matière de perspective monumentale, il apporte sa propre appréciation du fait (4).

Proche de la conception des circonstances exceptionnelles se place la théorie nommée par le Conseil d'Etat lui-même « *théorie des pouvoirs de guerre* » (5).

La circonstance exceptionnelle est la guerre : elle légitime des mesures qui en temps de paix seraient réputées illégales. Cette théorie se distingue de celle des actes de gouvernement, M. le commissaire du gouvernement RIVET a pris soin de le préciser : « Le Conseil d'Etat, explique-t-il, ne qualifie plus acte de gouvernement que les mesures destinées à assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics par la collaboration du gouvernement et du parlement, les actes concernant les rapports de l'Etat français avec les Etats étrangers, enfin les décisions

(1) 4 avril 1914, GOMEL, *Rec.*, p. 488 et S. 1917.3.25, note de M. HAURIOU.

(2) 1^{er} août 1914, WIRIOT, *Rec.*, p. 1011 et PILLOT, p. 1012. Le Ranelagh, 24 mars 1928, LÉVY et MICHEL. Le parc de la Muette, 24 mars 1922, SALIN. Pour la perspective de l'avenue Gabriel, le Conseil d'Etat n'a pas été amené à statuer sur le caractère esthétique du site et a rendu une décision portant purement et simplement un non lieu de statuer, mais M. le Commissaire du Gouvernement ERRORI a précisé que si l'autorisation de construire n'avait pas été retirée, il aurait été obligé de conclure à son annulation ; V. *Le Temps*, 22 janvier 1931.

(3) Voir 1^{er} août 1914, PILLOT, *Rec.*, p. 1012.

(4) 24 juin 1910, PILLE, *Rec.*, p. 500.

(5) V. concl. de M. RIVET sous C. E., 30 nov. 1923, COUITÉAS, *R. D. P.*, 1924, p. 91.

se rattachant pendant la guerre à la conduite proprement dite des opérations » (1).

Dans la théorie des pouvoirs de guerre, en effet, le Conseil d'Etat examine l'affaire au fond et se livre à un examen des motifs de l'acte. Bref, il trace, grâce à son contrôle juridictionnel, les limites de cette action anormale du pouvoir administratif, et la Cour de cassation procède au même contrôle à l'occasion de la sanction répressive. « Votre tâche se ramène, disait M. RIVET, à exercer votre contrôle de juge de l'excès de pouvoir vis-à-vis des motifs que l'on vous a donnés ». Au contraire dans la théorie des actes de gouvernement le Conseil d'Etat n'examine pas l'affaire au fond, il se refuse à apprécier la compétence du gouvernement pour agir, et par conséquent à contrôler les motifs de l'acte qui lui est déféré. Citons comme exemple de la jurisprudence sur les pouvoirs de guerre l'arrêt HEYRIES (2) qui reconnaît au Président de la République le pouvoir pendant les hostilités de suspendre, dans l'intérêt de la bonne marche des services publics, la garantie que constitue pour les fonctionnaires la communication de leur dossier prescrite par l'art. 5 de la loi du 22 avril 1905, la situation de guerre exigeant la rapidité de l'action disciplinaire. Le Conseil d'Etat, usant de la même théorie, décidait que les circonstances de guerre autorisaient l'administration à prendre des arrêtés de suspension de maires en désaccord avec l'autorité militaire, et cela sans se conformer aux prescriptions de l'art. 86 de la loi municipale (3), dans l'intérêt de la défense nationale (4).

Des arrêts FABRE (5), Syndicat patronal de la boulangerie de Paris (6), décident que pour assurer le ravitaille-

(1) Voir conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement RIVET, sous C. E., 30 novembre 1923, COUITÉAS, *R. D. P.*, 1924, p. 91.

(2) 28 juin 1918, *Rec.*, p. 651.

(3) Modifiée par la loi du 8 juillet 1908.

(4) 4 février 1921, LELIÈVRE, *Rec.*, p. 128.

(5) 6 janvier 1920, *Rec.*, p. 38.

(6) 14 mai 1920, *Rec.*, p. 499.

ment militaire et civil pendant la guerre le Chef de l'Etat pouvait légitimement interdire d'affecter les denrées panifiables à un emploi autre que la fabrication du pain.

Un arrêt COTTE (1) applique ces principes au cas suivant : le 4 août 1914 ordre était envoyé par la direction de la Sûreté Générale aux préfets de détruire sans lui en référer toutes les affiches suspectes ; un directeur d'agence de publicité, dont le préfet de la Loire avait fait détruire les panneaux-réclame, contestant la légalité de la mesure, demande une indemnité qui lui est refusée par le ministre de l'Intérieur, et le Conseil d'Etat rejette sa requête en ces termes : « Considérant qu'il appartenait au préfet, dans la période critique où il a reçu l'ordre ci-dessus, et eu égard à l'extrême urgence des mesures à prendre, de faire disparaître les affiches de toutes sortes et leurs supports ; qu'il n'est justifié par le requérant d'aucune faute dans l'exécution de ladite prescription de nature à engager la responsabilité de l'administration... » Le commissaire du gouvernement (2), après avoir écarté dans cette affaire la théorie de l'acte de gouvernement qu'invoquait le ministre de l'Intérieur dans ses observations, précisait que « les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, ne sont pas les mêmes dans le temps de paix et dans la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent des mesures plus rigoureuses » (3).

En résumé, le Conseil d'Etat opère la recherche du fait à trois degrés (4) qui représentent une intensité croissante

(1) 31 octobre 1924, COTTE, *R. D. P.*, 1924, p. 598.

(2) M. RIVET.

(3) Il est à noter que le Conseil d'Etat limite la théorie des pouvoirs de guerre aux actes contre les nationaux. M. JÈZE serait partisan d'étendre cette notion à certains actes concernant les étrangers (internement, saisie de navire neutre) qui sont compris dans les actes de gouvernement. *V. R. D. P.*, 1924, p. 572.

(4) Voir ALIBERT, *op. cit.*, p. 51.

de l'importance de l'élément de fait dans la méthode jurisprudentielle.

Tout d'abord, ainsi que l'ont montré MM. les commissaires du gouvernement ROMIEU et TEISSIER dans les conclusions que nous avons rapportées, il envisage l'examen des faits comme l'une des conditions dont la légalité de l'acte va dépendre ; la matière de la police municipale, nous l'avons montré, fournit de cette attitude le meilleur exemple.

Puis, à un stade supérieur, on l'a vu, dans sa jurisprudence des perspectives monumentales ou des pouvoirs de guerre, recourir non seulement à l'examen du fait mais à la qualification de celui-ci comme à l'unique moyen de vérifier la légalité.

Enfin, les arrêts du type TRÉPONT nous montrent le Conseil d'Etat cherchant dans la matérialité des faits la « cause » ou la « base légale de l'acte » (1).

SECTION III.

La recherche du fait par le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir et le rôle du juge de cassation en général.

La recherche du fait par le Conseil d'Etat constitue une originalité de la jurisprudence du Haut Tribunal administratif en matière d'excès de pouvoir, qui la distingue de celle de la Cour de cassation.

(1) Il est à noter que dans certains de ces arrêts le C. E. semble se départir de sa volonté d'examiner les faits afin de connaître de la légalité des motifs. M. ALIBERT remarque qu'il en est ainsi dans les cas où il n'existe aucun texte dont les requérants puissent se prévaloir (p. 287), et il cite comme exemple de cette restriction du pouvoir du juge administratif un arrêt DESREUMEAUX du 25 octobre 1918, p. 931, par lequel le Conseil d'Etat décide que le refus par le Ministre d'octroyer l'insigne des blessés ne peut lui être déferé, ce refus reposant sur une appréciation de « l'origine des infirmités » et des « conditions de leur aggravation ». Voir dans le même sens : 22 novem-

§ 1. — *Rappel de la distinction du droit et du fait
devant la Cour de cassation.*

Si le juge civil inférieur fait porter son examen sur toutes les questions de fait et de droit que soulève le procès, au point qu'on a pu voir dans tout jugement le résultat d'un syllogisme (1), si le juge d'appel également peut examiner à nouveau tous les éléments du procès, la Cour de cassation, parce qu'elle n'est pas un troisième degré de juridiction, ne va pas connaître du litige dans sa plénitude, ni partant rendre un véritable jugement ainsi qu'en témoigne d'ailleurs la théorie du renvoi après cassation. Le procès va se scinder devant elle en « question de fait » et « question de droit ».

Tenant pour constants les faits tels qu'ils ont été déterminés par les juges du fond, elle ne fera porter son contrôle que sur les solutions données aux questions de droit. C'est ainsi qu'elle décidera, par exemple, que l'interprétation de lois étrangères constitue une « appréciation de fait » échappant à son contrôle (2). C'est ainsi que tout moyen nouveau n'est recevable devant elle que s'il constitue un moyen de pur droit et que la Cour se reconnait le pouvoir de suppléer d'office de tels moyens qui n'auraient pas été

bre 1918, GARRIC, p. 1016, et M. ALIBERT de remarquer qu'en ces affaires l'appréciation des faits n'est pas sensiblement différente pourtant de celle que fait le Conseil d'Etat lorsqu'il est saisi de recours contre les arrêtés de police. Néanmoins l'absence de texte réglementaire comme fondement du droit (qui résulte d'une simple circulaire ministérielle), le souci de ne pas déborder sa mission de juge de l'excès de pouvoir, sont pour M. ALIBERT des raisons particulières qui permettent d'expliquer cette jurisprudence.

(1) Voir MARTY, *De la distinction du fait et du droit*. Thèse Toulouse, 1929, p. 11.

(2) Voir Cass., 19 mars 1918, S. 1918-1919.1.83 ; Cass., 30 mai 1876, S. 76.1.52. D'où cette conséquence en droit international privé que le juge n'a pas à rechercher la loi étrangère et que les parties doivent faire la preuve des dispositions des lois étrangères qu'ils invoquent. Req., 31 octobre 1923, *Revue de droit international privé*, 1924, p. 104 ; Voir les critiques des auteurs à ce sujet : NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 2^e édit., 1928, n^o 483 ; PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, 1923, t. I, n^o 51.

relevés par les premiers juges. Mais la vérification de l'existence matérielle des faits est entreprise en toute liberté par les juges du fond et la Cour se refuse à examiner des pièces qui n'auraient pas été soumises à ceux-ci (1) ; à procéder à une recherche nouvelle de preuves et à ordonner une mesure d'instruction (2). Elle s'interdit même, tant au civil (3) qu'au pénal de reviser l'appréciation faite par les juges du fond, des preuves les plus diverses (4), mais elle interviendra pour faire respecter les règles légales de preuves, car elle retombe alors dans sa mission qui est de veiller à l'exacte application de la loi (5).

Dans des hypothèses rares, comme en matière de délit de presse (6) et en matière d'actes de procédure (7), elle a jugé qu'il lui appartient de vérifier « en quelle qualité les parties ont agi » (8). Dans ces cas où elle connaît des faits, c'est par l'intermédiaire des motifs qu'elle y est conduite. La recherche du fait est donc pour elle alors, comme pour le Conseil d'Etat nous le savons — le complément nécessaire de la recherche du but ou du motif, bref, le seul moyen pour la Cour d'exercer son influence régulatrice sur la jurisprudence en assurant le respect de la règle de droit, comme fait le Conseil d'Etat dans le domaine de l'excès de pouvoir.

Plus on considère que la jurisprudence, en raison de la

(1) Civ., 29 juin 1925, S. 26.1.405 ; Req., 26 janvier 1875, D. P. 1876.1.24.

(2) 26 décembre 1919, D. P. 20.1.21 : Dans ce cas, en effet, si la décision attaquée ne contient pas les justifications nécessaires, la Cour de cassation déclare qu'elle est « dans l'impossibilité de procéder à des vérifications de fait qui ne rentrent pas dans les règles de son institution ».

(3) Civ., 19 janvier 1915, S. 21.1.50 ; 3 juillet 1889, S. 1889.1.379 ; Req., 9 juillet 1899, D. P. 1899.1.103.

(4) Crim., 13 février 1913, D. P. 1913.1.438 ; 15 décembre 1923, D. P. 23.1.87 ; 20 septembre 1894, D. P. 1899.1.350.

(5) Elle recherchera par exemple s'il a été fait état de moyens de preuves prohibés par la loi Crim., 15 avril 1926, S. 27.1.317 ; Voir PICARD, *De la preuve par commune renommée*. Thèse Paris, 1911, p. 120.

(6) Voir le célèbre arrêt des Chambres réunies rendu dans l'affaire du « National », 6 août 1834, S. 34.1.563.

(7) Voir Civ., 19 novembre 1923, D. H. 1924, p. 3.

(8) Voir dans toutes ces hypothèses MARTY, *loc. cit.*, n° 153, 154, 155.

complexité des situations qu'elle doit trancher, devient une source d'élaboration du droit positif, plus partant, s'avilit la vieille idée de toute-puissance de la loi écrite qui par son texte ne saurait fournir des solutions à toutes les difficultés pratiques, plus l'attitude de la Cour suprême tend à se rapprocher de celle du Conseil d'Etat, juge du fait. La Cour de cassation n'est plus, en effet, considérée comme un organisme de défense de la loi contre le juge (1) mais comme un organisme régulateur de l'élaboration jurisprudentielle. Elle tend à apprécier les faits comme supports des motifs lorsque cet examen est nécessaire à la critique de la légalité qu'elle doit entreprendre, alors que le Conseil d'Etat se livre à cette recherche beaucoup plus ouvertement ; preuve pour nous que le droit administratif, du point de vue de la condition des techniques jurisprudentielles et du problème connexe des sources d'élaboration du droit, est en avance sur le droit privé. Mais nous ne raisonnons là qu'en matière d'excès de pouvoir ; raisonnons maintenant en matière de cassation.

§ 2. — *La distinction du droit et du fait par le Conseil d'Etat en matière de pensions (Lois du 31 mars 1919 et du 24 juin 1919).*

Il est curieux de constater que le Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation (2) tend comme la Cour de Cassation à rechercher le fait au moins dans certains cas, alors que le principe pour le Conseil d'Etat, aussi bien que pour la Cour suprême, est que le pourvoi en cassation est une action qui conduit à une « sentence de pur droit »

(1) Voir MARTY, *loc. cit.*, p. 365.

(2) Le Conseil d'Etat est juge de cassation d'un certain nombre de juridictions administratives spéciales : conseils de révision, commissions supérieures des bénéfices de guerre (Loi du 1^{er} juillet 1916), Cours régionales des pensions (Loi du 31 mars 1919).

sans investigation possible ni sur le fond ni sur les faits (1).

Prenons, par exemple, la matière des *pensions militaires de la loi du 31 mars 1919* (2). Le Conseil d'Etat, juge de cassation des cours régionales des pensions, dépasse le rôle d'un juge de cassation, car nous le voyons dans certaines hypothèses être à la fois juge du droit et juge du fait. Tout en proclamant que la cour régionale constate « souverainement en fait » les circonstances qui ont entouré les accidents survenus à des militaires, le Haut Tribunal administratif n'hésite pas à contrôler l'appréciation des faits donnée par la Cour afin de rechercher si tel accident est survenu ou non à l'occasion du service au sens de l'art. 3 de la loi (3).

C'est grâce à un contrôle implicite de l'appréciation des faits donnée par les premiers juges que le Conseil d'Etat décidera que telle infirmité due à une chute faite par un militaire (4) ou même la mort survenue au cours d'un bain non autorisé (5) ne se sont pas produites à l'occasion du service et qu'il en est de même de blessures provenant d'un coup de feu tiré à l'intérieur d'un camp (6),

(1) Voir ALIBERT, *op. cit.*, p. 185.

(2) Nous écartons les pensions civiles de la loi de 1924, dont les constatations appartiennent au contentieux de pleine juridiction ; or, nous avons écarté ce contentieux de nos recherches sur l'appréciation du fait par le Conseil d'Etat ; Voir paragraphe 1 *in limine*.

(3) Voir C. E., 6 juin 1928, CHEVAL : « Considérant que la Cour régionale des pensions... a constaté souverainement en fait que le sieur CHEVAL a été blessé en essayant de monter dans un tramway en marche alors qu'il se rendait en permission ; qu'en l'état de ces constatations... » [ici le Conseil d'Etat, en s'appropriant l'appréciation des faits donnés par le Tribunal et la Cour, se livre forcément à un contrôle implicite de celui-ci, d'où dépend la solution de droit]. La Cour en se fondant principalement sur la nature des faits ci-dessus relatés a pu légalement décider que le Ministre des Pensions rapportait la preuve que l'accident dont s'agit n'était pas survenu à l'occasion du service au sens de l'art. 3 de la loi du 31 mars 1919, et par suite, la présomption d'origine se trouvant détruite, rejetait la demande de pension présentée par le sieur CHEVAL ». Voir dans le même sens : 7 mars 1928, MICHEL.

(4) Voir C. E., 6 juin 1928, CHEVAL, précité.

(5) 3 juin 1927, Dame veuve NÈGRE.

(6) C. E., 12 juin 1929, DELPECH : « L'état d'ébriété du requérant qui a suscité le geste de la sentinelle ne pouvait justifier une agression de la part

ou au cours d'une rixe (1), ou en sortant d'un cercle militaire (2). A propos de l'application de l'art. 14 s'agissant de savoir si au moment du mariage l'état du mari pouvait laisser prévoir une issue fatale, le Conseil d'Etat déclare que la Cour apprécie souverainement les faits, et ne recherche plus si cette appréciation est fondée (3). Pareillement, sur des litiges qui portent sur l'art. 6, examinant la question de savoir quels sont les faits d'où résultera la preuve contraire qui détruira la présomption d'origine instituée par la loi, nous le voyons encore se refuser à l'appréciation du fait (4) et cependant il déclare dans un arrêt CECCALDI (5) qu'est insuffisante l'appréciation des faits entreprise par la Cour.

En matière de *pensions des victimes civiles de la guerre* (Loi du 24 juin 1919), le Conseil d'Etat se considère compétent pour déclarer qu'il y a ou non fait de guerre (6). Il décidera, par exemple, que ne constitue pas un fait de guerre l'accident dont une personne a été victime du fait d'une automobile américaine, « accident d'ordre banal survenu loin de la zone de combat » (7).

Le caractère de la faute qui a provoqué l'infirmité donne

d'un homme pleinement conscient contre un homme sans défense et tombé à terre. »

(1) 12 avril 1930, Dame MINEREAU ; 2 août 1927, BERGER.

(2) 31 octobre 1928, DE LA CELLE DE CHATEAU CLOS ; Voir pour des infirmités dues à la manipulation imprudente d'engins : 27 juillet 1927 ALLARY ; 27 juillet 1927, DUMONT ; Voir pour des accidents divers : 23 décembre 1925, Dame FOURCADE ; 27 juillet 1927, LOETVOET ; 25 novembre 1927, SCHOLLER.

(3) 5 décembre 1924, Veuve SAUVAN.

(4) 11 mai 1927, MOLLET : « Qu'en décidant que cette preuve contraire était établie, la Cour régionale s'est livrée à une appréciation souveraine des faits, laquelle ne saurait être discutée devant le Conseil d'Etat.

(5) 15 décembre 1926, CECCALDI : « Considérant que la Cour s'est uniquement fondée sur ce que cet officier n'avait accompli que 9 jours de service effectif ; que ce fait ne saurait à lui seul constituer la preuve contraire exigée par l'article 6... »

(6) 1^{er} juillet 1925, Dame DESPRÉS : « Il est constant que les infirmités dont est atteinte la Dame D... n'ont pas pour origine l'une des causes prévues au texte ci-dessus rappelé. »

(7) 2 août 1928, Dame ROGER.

lieu également à une recherche du fait, où l'on constate une fois de plus le manque de cohérence des solutions jurisprudentielles (1). Tantôt le Conseil d'Etat se refuse d'apprécier s'il y a ou non événement de guerre (2) ; tantôt il semble estimer que les cours régionales apprécient souverainement cette question (3).

Le Conseil d'Etat admet, dans certaines décisions, que la Cour apprécie souverainement le caractère « inexcusable » de la faute au sens de l'art. 2, § 5 de la loi de 1919 (4) et dans certaines autres il se réserve le droit d'apprécier implicitement ce caractère (5).

Dans ces matières, qui relèvent du juge de cassation, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation, n'apprécie les faits que parce qu'il y est conduit par son examen de la légalité des décisions critiquées. La rédaction des arrêts marque son souci de se rattacher — dès que l'examen des faits est esquissé — à l'idée de légalité : « Considérant, lit-on dans cette abondante jurisprudence, *que dans les circonstances de fait* où s'est produit l'accident c'est par *une inexacte application de la loi* que la Cour a décidé... (6) » ou encore, « la Cour, ne se fondant pas sur la nature des faits ci-dessus relatés, a pu légalement décider... » (7), ou encore : ... que « c'est à bon droit que la Cour... » (8).

(1) La jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les pensions des marins de commerce pendant la guerre (loi du 3 avril 1918) présente les mêmes hésitations.

(2) 6 février 1924, DUHAMEL.

(3) 2 novembre 1927, ROBIN.

(4) 23 mai 1924, Demoiselle ONIOT ; 29 juillet 1925, JANDON ; 4 novembre 1926, DOLLE.

(5) 13 novembre 1930, DRUMMEL : « Considérant qu'en les circonstances de fait où s'est produit l'accident dont a été victime le sieur D... c'est par une inexacte appréciation de la loi que la Cour régionale a décidé que le dit accident doit être regardé comme étant la conséquence d'une faute inexcusable. » Voir dans le même sens : 4 août 1928, MATHON.

(6) Voir C. E., 13 novembre 1930, DRUMMEL, précité ; Voir dans le même sens : 4 août 1928, MATHON, précité.

(7) 6 juin 1928, CHEVAL, précité et tous les arrêts rendus sur l'article 3 de la loi du 31 mars 1919.

(8) 3 juin 1927, dame veuve CUNY.

SECTION IV.

La recherche du fait, le pouvoir discrétionnaire du juge et l'idée de légalité.

Il convient de remarquer que l'examen des faits ainsi compris par le Conseil d'Etat, ne renverse pas le principe de la réserve de l'opportunité tel que nous l'avons exposé. Cette appréciation n'est, en effet, pour le juge administratif que la condition de l'examen de la légalité.

Tous les arrêts rendus en matière de police municipale suffisent à illustrer cette idée.

D'autre part, nous savons que dans les cas d'erreur sur les faits la qualification de ceux-ci est pour le juge le seul moyen de statuer sur la légalité.

Toutefois, un des plus récents critiques de la jurisprudence extensive du Haut Tribunal administratif, M. ALIBERT, a soin de noter qu'en de telles hypothèses « il est parfois bien difficile de faire un départ exact entre l'examen de l'opportunité et l'appréciation des faits » (1) ; et il ajoute : « la jurisprudence tend de plus en plus à *reculer les frontières de ces deux sortes d'investigations de manière à élargir le contrôle des faits par une restriction très sensible de la notion d'opportunité* ». Il y voit une tendance à la confusion du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction et un accroissement de la tutelle du juge sur l'administration (2).

Pour illustrer cette assertion le savant auteur cite (3) un arrêt LEROY-DELLALLY et BAILLEUL (4) dans lequel

(1) ALIBERT, *op. cit.*, p. 52.

(2) En 1922, CHALVON-DEMERSAY voyait dans l'examen du fait une anomalie « qui s'expliquait avec peine, anomalie limitée au cas où le fait tient une certaine teinte légale de l'esprit de la loi » ; *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat*. Thèse Paris, 1922.

(3) ALIBERT, *op. cit.*, p. 52, note 1.

(4) C. E., 4 décembre 1925, D. P. 1926.3.6.

le Conseil d'Etat se fait juge des « nécessités de l'exploitation » d'une concession de mine et où l'examen du fait se lie, au point de s'y confondre, avec l'appréciation de l'opportunité.

Or, l'appréciation de l'opportunité par l'administration, qui englobe la souveraine appréciation des faits et le choix des moyens juridiques appropriés à leur satisfaction, est, nous le savons, située en plein domaine discrétionnaire. Dès lors, la tendance du Conseil d'Etat à s'immiscer de plus en plus dans la recherche des faits — voire par sa jurisprudence sur les perspectives monumentales, dans la qualification de ceux-ci — ne va-t-elle pas avoir pour conséquence de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'administration au profit d'une sorte de pouvoir discrétionnaire du juge ? C'est la question qui vient à l'esprit comme la suite logique du raisonnement.

MM. MICHOD (1), DUGUIT (2), GIRAUD (3), BONNARD (4), REGLADE (5), WALINE (6) voient dans le contrôle du fait le prolongement du contrôle de la légalité. Ils veulent par là cantonner le juge dans sa fonction naturelle de *jurisdictio*. Ils ne se dissimulent pas, d'ailleurs, l'espèce de dessaisissement de pouvoir discrétionnaire qui en résultera au profit du juge (GIRAUD). Pour MICHOD, la notion même de pouvoir juridictionnel suppose la critique de la légalité : compétence juridictionnelle et critique de la légalité doivent par conséquent coïncider.

(1) MICHOD, Etude sur le pouvoir discrétionnaire. *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913-1914.

(2) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 390.

(3) GIRAUD, Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire. *Revue générale d'administration*, 1924.

(4) BONNARD, le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. *R. D. P.*, 1923. Pour M. BONNARD ce contrôle est englobé dans la notion de légalité puisque cette notion de légalité comprend non seulement des règles de droit écrites mais des règles coutumières, p. 363, *R. D. P.*, 1923.

(5) REGLADE, Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. *R. D. P.*, 1925.

(6) WALINE, le Pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. *R. D. P.*, 1930.

Pour DUGUIT, les faits déterminent des compétences et puisque les compétences sont établies par la loi, le juge en tranchant une question de fait ne fait que trancher une question de légalité (1).

Pour tous ces auteurs, si le Conseil d'Etat examine l'exactitude matérielle des « motifs des fait » (2) qui ont provoqué l'action administrative, ce n'est que parce que ces motifs de fait constituent un des éléments de la légalité de la mesure (3).

A l'opposé de ces conceptions, se place la doctrine du doyen HAURIOU. Celui-ci voit dans l'appréciation du fait un dépassement de la notion de légalité (4), par conséquent un enrichissement de la notion d'excès de pouvoir : « le Conseil d'Etat reprend du coup, écrit-il sous l'arrêt CASANOVA (5), son véritable rôle qui est non pas celui d'un juge chargé uniquement de la bonne administration... »

« La bonne administration » ou encore ce qu'il appelle « la moralité administrative » (6), voilà ce qui n'est pas dans « l'esprit de la loi », « qui diffère de la légalité autant que le bien diffère du juste » (7). C'est à la lueur de ces idées qu'il interprète les arrêts sur les perspectives monumentales : « L'excès de pouvoir, dit-il à cette occasion, est une sorte de délit professionnel commis, au mépris non pas de la loi mais de maximes professionnelles dont les

(1) Voir *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 390 pour la critique d'un « contentieux de l'opportunité », Voir aussi p. 427.

(2) Nous empruntons à M. MARTY, p. 282, cette terminologie qui a l'avantage, selon nous, de bien marquer que l'examen du fait conditionne celui des motifs. M. MARTY voit dans la cassation pour défaut de base légale une cassation pour « insuffisance ou imprécision des motifs de fait ».

(3) C'est la théorie soutenue également par M. CHARVON-DEMERSAY dans sa thèse, *loc. cit.*

(4) Dans le même sens : JÈZE, *R. D. P.*, 1911, p. 286 et LE FUR qui revendique pour le juge le droit de statuer « en équité et en opportunité comme l'eût fait le législateur lui-même », en s'inspirant de la moralité administrative.

(5) Arrêt CASANOVA, S. 1901.3.73.

(6) *Précis*, II^e édition 1927, p. 419.

(7) Note sous l'arrêt GRAZZIETTI, S. 1903.3.113.

postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi » (1).

Nous nous associons pleinement aux critiques adressées par M. GOLDENBERG dans sa thèse du système proposé par M. HAURIOU : « Il est clair, en effet, que si l'on fait de la moralité administrative une notion indépendante de celle de la légalité, on la rejette *ipso facto* dans le domaine du pouvoir discrétionnaire du juge (2). »

Mais ce n'est pas pour nous une raison d'affirmer que l'appréciation du fait dépasse la notion de légalité, notion fondamentale du recours pour excès de pouvoir et bien apte à en épuiser toute la riche substance. Nous pensons que cette recherche du fait est commandée au juge administratif par sa mission même, qui est de rechercher si les agents publics, dont les actes lui sont déférés, ont agi dans un but d'utilité publique. Seule l'idée d'utilité publique, en effet, explique le travail jurisprudentiel du Conseil d'Etat sur la notion de « circonstance exceptionnelle », et les dérogations qu'elle entraîne, par exemple en matière d'entreprises municipales, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Maniée par le juge administratif, la notion d'utilité publique tend à s'identifier avec celle de légalité.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, dirons-nous, est contrôlé par un certain pouvoir discrétionnaire du juge, à la lumière de la notion d'intérêt général.

Conclusion.

Sans doute, nous aurions pu trouver des exemples de la recherche du motif d'utilité publique par le juge de l'excès de pouvoir dans bien d'autres domaines du droit adminis-

(1) Note sous les arrêts GOMEL et DIDIER, S. 1917.3.25.

(2) Voir GOLDENBERG, *Le Conseil d'Etat juge du fait*. Thèse Paris, 1932, p. 118.

tratif que ceux que nous nous sommes résolus d'explorer.

Nous n'entendions nullement d'ailleurs épuiser une variété jurisprudentielle qui participe de l'indéfinie richesse de l'excès de pouvoir. Ce que nous voulions avant tout c'était ne pas cesser de travailler à la trame de notre sujet qui est tout entier étayé sur des conclusions à tirer, bien plus que sur des études descriptives à faire.

Précisément, il nous semble que dès maintenant des données très nettes se dégagent de l'examen des arrêts. Elles font apparaître le lien unissant la critique contentieuse de l'utilité publique aux autres chapitres où nous nous sommes attachés à montrer le rôle de l'idée d'utilité publique dans la construction du droit administratif, et dispensent de pousser plus loin l'étude de la jurisprudence.

Lorsque le Conseil d'Etat décide que l'administration n'a pas agi dans un but d'intérêt général, que telle mesure prise par elle n'a pas en vue la libre circulation sur les voies terrestres ou fluviales, qu'elle s'est servie des pouvoirs qui lui étaient conférés pour la protection des intérêts généraux afin d'intervenir dans des contestations à caractère privé, l'idée est la même : l'administrateur n'agit légalement que s'il agit dans un certain but ; *c'est l'idée de but qui permet le contrôle de la légalité des actes.*

Nous rejoignons encore cette idée de finalité qui, sous des noms divers : « affectation » en matière domaniale, « destination d'utilité publique » en matière de travaux publics, « services publics » dans les nombreux cas où la satisfaction de l'intérêt général entraîne l'adoption de procédés juridiques plus ou moins pénétrés de puissance publique — inspire tant de théories capitales du droit administratif.

Nous constatons maintenant que l'*idée de finalité* domine aussi, par l'intermédiaire de la recherche du motif, le contentieux de la légalité.

Nous sommes donc sur la voie qui mène à cette question

centrale, cœur même des études que nous poursuivons : le droit administratif ne va-t-il pas, par là, donner un renouveau particulièrement curieux à la théorie juridique de la cause ? et si le droit administratif est un droit essentiellement « causé », ne va-t-il pas s'ensuivre, puisque cette cause a pour substance l'utilité publique, des méthodes d'élaboration spéciales à cette branche du droit, nous voulons dire une valeur toute particulière du concept ?

CHAPITRE IV

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE CAUSE JURIDIQUE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

SECTION I.

Position du problème.

Théorie des motifs déterminants de M. Jèze.

Jusqu'ici, nous avons tenté de traiter l'appréciation contentieuse de l'utilité publique, en nous pliant aux cadres juridiques que nous offrait — ou pour mieux dire nous imposait — la technique du contentieux administratif telle qu'elle est communément enseignée, et pour une étude analytique la méthode était bonne.

Mais la liaison intime que nous a révélée cette étude, bien que conduite dans des cadres ainsi fragmentés, entre la recherche du motif et la recherche du fait nous permet de nous demander si la critique contentieuse de l'utilité publique — et la question vaut pour la notion d'excès de pouvoir en général — ne s'ordonnerait pas sous une notion unique englobant les divers éléments : critique des motifs, critique du fait, critique de la légalité.

Ce rôle de synthèse nous semble appartenir à une catégorie juridique dont l'importance dans la construction du droit nous semble décisive : nous voulons parler de la notion de cause.

Nous connaissons par notre étude des motifs ce qu'elle recouvre en droit public moderne, c'est la notion d'intérêt général, l'étalon de la valeur juridique des agissements administratifs, sur laquelle nous avons vu le juge de l'excès de pouvoir mesurer avec minutie le détournement de pouvoir ou la violation de la loi. L'on sait, en effet, qu'« intérêt général », « intérêt du service », « but » ou « destination d'utilité publique », sont des expressions qui reviennent à tout moment dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Si donc nous démontrons l'identité de la cause et de l'utilité publique dans le contentieux, nous toucherons au terme même de l'évolution qui a conduit cette notion de l'état de simple thème historico-légal au concept organisateur du droit administratif tout entier, dont nous avons suivi par étapes la lente progression.

M. JÈZE a exposé une synthèse des conditions de validité de l'acte administratif dans sa « théorie des motifs déterminants » (1). Le motif, pour lui, englobe toutes les « considérations de fait ou de droit qui poussent un individu à accomplir un certain acte juridique », et cela que l'on considère les particuliers agissant dans leur intérêt privé, sur le plan du droit civil, ou que l'on considère les personnes morales administratives agissant dans l'intérêt général, sur le plan du droit public.

Mais cette théorie nous semble se ramener (2) à celle de la cause. En effet, étudiant tout d'abord le rôle du motif déterminant en droit privé, M. JÈZE cite des exemples tirés de la jurisprudence civile qui nous semblent s'expliquer fort bien à l'aide de l'idée de cause.

(1) Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants dans la validité des actes juridiques en droit public français. *R. D. P.*, 1922, p. 377 et *Principes de droit administratif*, t. 3, p. 210.

(2) Ainsi que celle de DUGUIT sur « le but déterminant » dont elle s'inspire. *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., 1921, t. I, p. 284 et suiv.

Pourquoi, par exemple, les tribunaux annulent-ils une libéralité à caractère rémunératoire lorsque le service qui a motivé la récompense est inexistant en fait ? Pourquoi un acte d'adoption va-t-il tomber lorsque les héritiers prouvent qu'un sauvetage qui l'a motivé n'a jamais eu lieu (1) ? Nous croyons que répondre en invoquant l'inexistence du motif déterminant dans ces espèces c'est introduire sous une autre expression la notion de cause.

La même remarque s'appliquerait aux conventions visant la corruption de fonctionnaires qu'invoque encore M. JÈZE (2) ; la Cour de cassation dans ces affaires annule pour « cause illicite » (3).

N'est-ce pas d'ailleurs pour cause illicite et immorale, que sont annulés les prêts faits à un joueur ou les contrats divers concernant les maisons de tolérance (4) ?

Or les articles 1131-1133 du Code civil se réfèrent, on le sait, tous les deux à la notion de cause, qui apparaît là, comme la « véritable gardienne de l'intérêt général » (5) et c'est à bon droit que l'on a vu dans ce travail jurisprudentiel sur ces deux articles, la preuve de l'excellence de cette notion (6).

Résumant cette jurisprudence, M. CAPITANT écrit : « elle n'annule pas seulement les obligations qui ont à proprement parler une cause illicite ou immorale, mais elle frappe également de nullité en vertu des articles 1131 et

(1) Caen, 15 mai 1867 ; POITEVIN, S. 1868.2.17 ; Cassation, 14 juin 1869, S. 1869.1.371.

(2) *Principes*, t. III, p. 218.

(3) Cassation, 5 décembre 1911, CARON, S. 1913.1.497, n. de M. DEMOGUE.

(4) Voir les arrêts cités par M. JÈZE, t. 3, p. 217. On pourrait également ajouter à ces exemples dont fait état M. JÈZE l'hypothèse de la dation à bail d'immeubles en vue de la création de maisons de jeux ; voir Tribunal civil de Nice, 18 novembre 1909, Société des casinos de Nice c/ Archiprêtre, *Gazette des Tribunaux*, 1910.1.119 ; ou encore le cas de fourniture de consommations gratuites par un restaurateur dans un but électoral, voir Tribunal civil de Castelnaudary, 25 juin 1902, CONTE c/ FOULD, D. P. 1904.2.201.

(5) CAPITANT, *De la cause des obligations*, p. 222.

(6) CAPITANT, *loc. cit.*, p. 221 ; V. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, n° 31.

1133 tous les contrats synallagmatiques qui, bien qu'ayant pour objet des prestations licites, poursuivent cependant dans l'intention commune des parties une fin contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (1).

Enfin, rappelons que c'est encore la notion de cause qui permet l'annulation des libéralités à caractère immoral (2).

En définitive, le grand mérite de l'article de M. JÈZE à nos yeux est moins d'innover que de poser en plein relief l'importance capitale de l'idée de finalité en droit public.

Dans quelle catégorie juridique fera-t-on rentrer cette idée ? Se bornera-t-on à parler de « motifs d'intérêt général » en adoptant la terminologie de la majorité des arrêts du Conseil d'Etat ; ou bien essaiera-t-on d'inclure cette tendance finaliste qui anime le contentieux et même tout le droit administratif dans des cadres juridiques plus anciens considérés comme applicables au droit en général ? C'est une question à réserver et que nous examinerons.

Ne retenons pour l'instant que cette idée générale qui domine la conception de la théorie des motifs déterminants, et qui situe nettement nos recherches : l'activité des agents publics ne devant se déployer qu'en vue de l'intérêt général, le motif déterminant des actes administratifs s'identifie avec ce but, ce qui donne au motif en droit public un « développement considérable ».

Nous rechercherons d'abord comment la notion de but a été traduite en droit privé par la notion de cause ; nous rechercherons ensuite si en droit public la cause ne peut pas jouer le même rôle.

(1) CAPITANT, *loc. cit.*, p. 227.

(2) Voir Cass. Req., FLEURY, 4 mai 1914, cité par M. JÈZE, S. 1914.1.430 ; V. aussi CAPITANT, *op. cit.*, chapitre 6 : « De la cause dans les libéralités », p. 468 ; V. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, n° 25 ; HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*. Thèse Paris, 1920, p. 360.

SECTION II.

La cause en droit privé.

Qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques, qu'il s'agisse d'engagements unilatéraux, la détermination du but de la manifestation de volonté joue un rôle également important.

Tout d'abord, c'est d'après leur but que l'on classera les conventions qui intéressent le patrimoine, en contrats à titre onéreux, libéralités ou contrats désintéressés, tels, par exemple, que le prêt à usage ou le dépôt. Ensuite et surtout, le but est, peut-on dire, l'essentiel de la manifestation de volonté.

BUFNOIR (1) notait magistralement le rôle du but dans le droit en ces termes que rapporte M. CAPITANT : « Le but est comme un élément subjectif qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige ». S'obliger, en effet, c'est pour le maître, un acte mental qui n'emplit qu'une partie de l'acte de volonté. La cause à la fois va plus loin et possède un caractère plus dépouillé. Elle est la volonté de celui qui s'oblige « prise dans sa décision finale ». « La volonté » dans son « unité psychologique » suppose la présence d'un ferment qui l'anime : ce ferment c'est le but ou la cause. Sans la cause, en effet, le moyen juridique n'est plus qu'une forme vide de sens, sans intérêt pour celui qui s'oblige.

Considérant de son côté l'élément volonté dans l'acte à titre onéreux, M. BARTIN (2) y distingue d'une part le « consentement au sens juridique du mot », d'autre part, la « volonté d'acquérir, la cause ».

En résumé, le droit civil français voit donc dans la cause le but en vue duquel une personne s'oblige : « l'obliga-

(1) *Propriété et contrat*, 1900, p. 529.

(2) *Théorie des conditions impossibles*, p. 366, 1887.

tion... est le moyen ; la cause est la fin visée » (1), c'est-à-dire qu'il s'attache à la cause finale, notion qui s'oppose à celle de la cause efficiente (2). Celle-ci est, peut-on dire, la cause dans le passé considérée comme fondement juridique d'un acte. Telle était, par exemple, à Rome la *justa causa*, l'élément essentiel de la *traditio* (3) qui précédait la remise de possession de la *res* et précisait si celle-ci était transférée à titre de vente, de dot, de testament, de dette, etc...

IHERING distingue d'ailleurs ces deux aspects de l'idée de cause dans son *Zweck im Recht* (4).

Précisons que seule la cause finale, le but, nous intéresse (5).

La vie privée est fondée sur le contrat. Le code civil en affirmant le principe de la liberté des conventions a par là-même élargi jusqu'à l'infini la notion de cause finale dégagée par les canonistes et perfectionnée par DOMAT.

A Rome au contraire, la cause finale qui n'était apparue que dans le plus abstrait des contrats formalistes— la *stipulatio* (6) — n'était jamais devenue un élément essentiel

(1) CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 298.

(2) M. CASSIN écrit (*La cause des obligations* d'après le livre de M. CAPITANT, *Annales de droit commercial*, 1923, p. 233) : « Le consentement qui pour le promettant est le fait de s'obliger et pour l'autre partie celui d'accepter l'engagement, ne constitue qu'un facteur de l'acte de volonté. Celui-ci ne prend vraiment corps que par l'intervention d'un autre facteur essentiel, la *considération du but*, parce que, seule, celle-ci imprime une direction au consentement jusqu'alors abstrait. C'est cette considération que dans la terminologie juridique d'ailleurs imparfaite on désigne sous le nom de cause et par là il faut entendre : cause finale. » V. encore IONASCO, *Les récentes destinées de la cause dans les obligations. Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 29.

(3) *Dig.*, 41.1.31 Pr. : *nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit* ; V. Ulp. *Regulæ*, 19, 7. La cause efficiente se retrouve encore dans l'*usucapio* ; V. COLLINET et GIFFARD, *Précis*, t. I, n° 657.

(4) Trad. MEULENAERE, p. 2.

(5) Il est donc très vrai de dire que la notion de cause est amphibologique si l'on n'a soin de préciser ; V. CAPITANT, p. 9.

(6) COLLINET, *Précis*, n° 214.

de la formation des contrats. C'était la *condictio* — action personnelle — qui remplissait — procédé juridique que connaît encore le droit allemand et le droit suisse, la plupart des fonctions actuellement assumées par la notion de cause.

En droit français, positif, au contraire, c'est toujours autour de la cause finale que s'ordonne tout le mécanisme des contrats. Le simple résumé des conclusions de M. CAPITANT dans son étude sur *La Cause dans les Obligations*, permettra d'en juger.

Etudiant le rôle de la cause dans les contrats synallagmatiques, le savant auteur nous montre successivement la notion d'erreur (art. 1110) se liant à celle de cause, la première ne viciant le contrat que si elle porte sur la cause même de l'obligation (1) — l'importance des articles 1131 et 1133 sur la cause illicite, et le travail de la jurisprudence épurant les conventions que forment les individus qui usent de la liberté des contrats d'une manière nuisible à l'intérêt social. Nous assistons ensuite à l'influence exercée par la cause sur le sort de la convention tant que le but visé par chaque obligé n'est pas atteint. Elle sert de fondement aux trois règles essentielles du contrat synallagmatique, qui sont :

1^o La règle de l'exécution — sanctionnée par l'*exceptio non adempti contractus* — ou droit de refuser la prestation tant que le cocontractant ne s'exécute pas.

2^o La théorie des risques selon laquelle, si l'un des obligés est empêché par cas fortuit ou force majeure de s'exécuter, son cocontractant est dégagé de son obligation.

3^o Le droit d'une des parties, faute d'exécution de la part de son cocontractant, d'user de l'action en résolution de l'art. 1184.

Au chapitre 6 (2), M. CAPITANT démontre l'importance de la cause dans les libéralités ; il se résume en ces termes :

(1) Nos 102 à 106.

(2) P. 483.

« Il peut arriver que le motif des libéralités devienne, dans l'intention des deux parties — donataire et donateur, instituant et institué — une condition même de la conclusion du contrat. Il cesse alors d'être un simple mobile... il devient vraiment la raison d'être de l'acte, le but visé et voulu par les parties ».

Plus d'obstacle alors à la censure du but illicite par la jurisprudence (1).

Si l'on excepte les chapitres qui traitent des engagements abstraits (billets non causés, art. 1132 ; titres négociables) (2), toutes les obligations du droit civil à travers la longue étude de M. CADITANT passent au crible de la cause finale, et l'on a peine à souscrire aux critiques de l'école anti-causaliste qui voit dans la cause une création artificielle à rejeter de la technique juridique (3).

SECTION III.

La notion de cause est-elle applicable au droit public ?

La notion de cause peut-elle jouer en droit public le même rôle de direction qu'en droit privé ? Nous répondons affirmativement. Il nous faut l'expliquer.

Reconnaissons que si l'on raisonne sur la conception civiliste du contrat, l'hésitation est possible.

L'article 1108 fait de la cause un élément essentiel de la validité des contrats, l'idée de cause est liée par suite à celle de contrat ; mais, dira-t-on, c'est là une idée essentiellement de droit privé qui n'est pas applicable *de plano* au droit administratif.

(1) Voir *Jurisprudence sur les dons entre concubins*, n° 215.

(2) Chapitre 5.

(3) LAURENT, HUC, BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL.

Le contrat, en effet, fondé sous le libre consentement des parties et l'équivalence présumée des prestations (1) qu'il comporte, représente le courant normal des rapports de particulier à particulier. Si l'on prend un contrat synallagmatique type comme la vente, la cause de l'obligation du vendeur c'est le paiement du prix par l'acheteur ; l'obligation de l'acheteur a pour cause la tradition de la chose vendue, autrement dit la cause de l'opération juridique s'identifie avec l'exécution réciproque des prestations.

Le Code civil (2) en faisant du contrat, suivant la tradition romaine, une des bases de l'ordre social, semble interdire d'étendre la cause au droit administratif.

Ce droit, en effet, est fondé, à la différence du droit privé, sur l'inégalité (3) des situations des parties qu'il met en présence. L'administration, munie des pouvoirs de puissance publique nécessaires à la bonne marche des services publics, et à la satisfaction des intérêts généraux, ordonne, et sa libre appréciation de l'opportunité est une réserve sans cesse renaissante de commandement. De plus, l'acte administratif est profondément différent du contrat, il est essentiellement un acte unilatéral et là même où l'on parle de « contrat administratif » le droit public marque son emprise par des prescriptions multiples imposées aux concessionnaires ou aux fournisseurs des personnes morales de droit public, qu'ils ne sont pas à même de discuter, d'accepter ou de rejeter, car elles sont imposées d'un mouvement unilatéral en raison de ce que l'administration juge nécessaire à l'intérêt des services.

Bien plus, là même où l'individu, désireux de collabo-

(1) V. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*. Thèse Toulouse, 1920, 2 vol.

(2) Le principe de la liberté des contrats est énoncé par l'art. 1134 C. civ. en ces termes lapidaires : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

(3) C'est là la conséquence de cette idée que l'intérêt général prime les intérêts privés ; V. JÈZE, *Principes*, t. II, p. 81, idée dont nous avons trouvé l'origine dans les écrits de l'époque révolutionnaire.

rer spontanément avec elle, lui offre un terrain ou une somme d'argent en vue de tel ouvrage d'intérêt public, l'administration, souverain juge de l'opportunité d'accepter l'offre de concours, ne se lie pas comme le particulier qui accepte une stipulation pour autrui (1).

Toutes ces différences, auxquelles on en pourrait ajouter bien d'autres par l'analyse des diverses situations qui mettent en contact l'administration et les particuliers, sont évidentes, et de telles remarques suffiraient à faire écarter toute possibilité d'introduire la cause en droit administratif, si le point de départ même du raisonnement était rigoureusement exact. Or, il ne l'est pas, selon nous.

En effet, renfermer la cause à l'intérieur même de la substance contractuelle, voilà une méthode qui nous paraît des plus critiquables. Lorsque DEMOLOMBE (2), par exemple, déclare que dans le contrat de vente l'obligation de chaque contractant a pour cause l'obligation de l'autre ou que dans un contrat unilatéral, comme la promesse de payer, la cause c'est la remise effective de la *res*, il s'enferme dans la forme juridique du contrat afin de bannir toute considération des motifs : il ne faut pas que le juge « envahisse les consciences » (3) ; mais c'est là ne considérer que l'équivalence des prestations, c'est-à-dire cantonner l'idée de cause dans le domaine économique. Or, *il est impossible à ceux-là même qui tentent ce système d'exclure*

(1) V. pour le développement de ces idées JÈZE, *Principes*, t. III, p. 456. « Incontestablement, écrit M. JÈZE, l'opération d'offre de concours est une *opération administrative*, dominée par la notion de service public. » L'offre de concours n'entraîne pas entre le promettant un engagement bilatéral, « le souscripteur s'engage bien à fournir une certaine prestation en argent ou en nature... mais l'administration ne s'engage pas juridiquement à créer un ouvrage public, ou à l'organiser d'une certaine manière ou à le faire fonctionner dans certaines conditions » ; V. JÈZE, *ibid.*, t. III, p. 461 ; V. aussi concl. de M. ROMIEU dans C. E., 9 mars 1906, GAU-BOSC, *Rec.*, p. 225 où l'offre de concours est définie « un contrat *unilatéral* ».

(2) T. XXIV, n° 246, 347.

(3) Huc, t. VI, n° 39, p. 64.

les idées d'intérêt général, d'ordre public, de protection sociale; bref d'introduire des valeurs psychologiques, qui trouvent leur source dans l'idée de finalité. Et c'est ce que fait la jurisprudence civile, précédemment rappelée.

Mais, agir ainsi, c'est rechercher les motifs. Comment concilier dès lors la distinction traditionnelle de la cause que le juge peut examiner, et du motif situé dans la conscience des contractants, « raison contingente et variable avec l'individu » (1) dont le juge n'a pas à connaître ?

M. CAPITANT, soucieux de ne pas écarter l'élément finalité, si fécond, de l'idée de cause, voit dans celle-ci le but cherché par le contractant (2). Ainsi le but poursuivi se trouve intégré dans le contrat ; quant au motif, il se trouve rejeté en dehors de l'acte de volonté. « Le motif, à la différence du but, ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur » (3). *Mais notons bien que si le motif est ainsi rejeté hors de la cause, c'est que la cause contient l'idée de but, autrement dit que la cause envisagée dans cette conception est la cause finale.*

Dès lors, dire — comme le fait la jurisprudence — qu'une donation, par exemple, est nulle parce que son motif déterminant est illicite ou immoral, cela revient au même résultat pratique que de l'annuler pour cause finale illicite.

C'est encore par l'idée de cause finale qu'il est aisé d'expliquer la jurisprudence extensive de la nullité pour erreur.

Pour la jurisprudence, l'erreur doit être prise en considération « toutes les fois qu'elle est de nature telle que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté » (4).

(1) CAPITANT, *La cause*, p. 11.

(2) CAPITANT, *ibid.*, p. 9 ; et *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e édit., t. II, p. 299.

(3) CAPITANT, *ibid.*, p. 12.

(4) Voir par exemple : Des meubles modernes achetés pour des meubles anciens. Paris, 5 mars 1890, S. 1890.2.133 ; Bordeaux, 13 novembre 1905, S. 1908.2.387. Et une jurisprudence très assise prononce la nullité pour défaut de caractère artistique d'ouvrages et de caractère ancien de tableaux (Paris, 19 janvier 1898, sous cassation, 25 juillet 1900, D. P. 1904.1.601), la nullité d'un bail en cas d'erreur sur la personne du locataire.

Donc la recherche du vice du consentement n'est plus restreinte au seul contrat ou plus exactement à l'objet juridique du contrat, ainsi que le comprenaient DEMOLOMBE (1) ou AUBRY et RAU (2) (3). S'il en est ainsi, c'est que l'on envisage l'erreur qui porte sur le *but de l'obligation*, autrement dit l'erreur qui porte sur la *cause finale*. « Si l'erreur de fait est telle qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait... non seulement la convention se trouve *sans cause*, mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause », écrit DOMAT (4).

M. CAPITANT insiste sur cette parenté entre la théorie de la cause et celle de l'erreur (5), parenté qui n'existe qu'en raison de l'idée de but : « Cette considération subjective, écrit-il, la substance de la chose, a été incorporée par moi au but que je visais ; elle est donc devenue partie intégrante de la cause de mon obligation » (6).

Tous ces exemples confirment cette idée que le but et partant la cause finale, sont les éléments principaux de la manifestation de volonté des contractants, mais qu'ils ne sauraient être envisagés dans le cercle restreint de la matière contractuelle ; dès lors *aucune impossibilité n'existe à transporter l'idée de cause hors des situations contractuelles dans un droit de commandement comme le droit administratif*.

Si l'on adopte cette conception, la cause finale prend une valeur qui peut la faire comparer à la notion de bonne foi dont M. RIPERT a montré récemment l'importance en droit moderne (7). Bonne foi et cause n'ont fait que se développer depuis l'époque romaine. Spécialement la no-

(1) T. 24, n° 88.

(2) 5^e édition, t. 4, p. 490.

(3) Voir BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. I, n° 54.

(4) *Lois civiles*, I, 1, 18, section 1, n° 7.

(5) P. 208 et suiv.

(6) P. 211.

(7) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 277.

tion de but ou de cause finale constitue une des catégories invariables du droit.

SECTION IV

La finalité notion permanente du droit.

Les Romains, bien qu'essentiellement réalistes, s'élevèrent peu à peu à cette notion de finalité lorsque, portant leurs regards hors du *jus civile* — droit jalousement national — ils eurent connaissance des pratiques du *jus gentium*. C'est donc de cet élargissement de leur pensée juridique que sortit l'idée qu'une série de normes pourraient être communes à tous les droits des civilisés. Ce droit universel, ils l'appelèrent *naturalis ratio* ou encore *jus naturae* et il tendit à se séparer de plus en plus de son point d'origine, le *jus gentium*.

Au Moyen-Age, les scolastiques retrouvèrent la distinction du *jus naturae* et du *jus civile* lorsqu'ils voulurent appliquer leur conception philosophique du souverain bien ou des fins dernières aux conditions de la vie. C'est ainsi que saint THOMAS (1) tire son fameux « quasi-syllogisme » du droit naturel, mettant par là même en lumière l'importance de l'idée de finalité dans le droit (2). Le droit naturel devient dans la *Somme* la source d'inspirations où puisera le droit civil ; c'est le droit naturel qui lui donne « l'âme » — pour reprendre une expression thomiste — en lui infusant la notion de finalité.

L'article 1^{er} du projet de titre préliminaire du Code civil — supprimé par les rédacteurs — portait : « il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois

(1) V. RENARD, *La théorie de l'Institution*, 1930, t. I, 2^e appendice, p. 515, n. 2.

(2) V. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, III^e série, 1927, p. 38 : « Le droit naturel découvre la finalité par rapport à laquelle s'ordonnent tous les facteurs de l'ordre juridique. »

positives. Il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (1).

Lorsque avec GROTIUS, PUFFENDORF et les juristes protestants BARBEYRAC et BURLAMAQUI, le droit naturel sera laïcisé (2) ; lorsque les philosophes du XVIII^e siècle, et en première ligne LOCKE et ROUSSEAU, puis la Révolution, l'auront enrichi d'individualisme libéral, il gardera néanmoins une tendance finaliste très marquée.

Plus tard, KANT, en imposant à l'homme sa norme du devoir, fondait une philosophie de la finalité sur le plan de la connaissance comme sur le plan de l'action : « Agis de telle sorte que l'usage de ta liberté puisse s'accorder à la liberté de chacun suivant une maxime universelle ; agis de telle sorte que ton action soit susceptible d'être érigée en règle universelle ». Le kantisme était en Allemagne comme l'école du droit naturel.

Les philosophes du droit, et les théoriciens du droit public, eux aussi, ne devaient plus se détacher de l'idée de finalité pendant tout le XIX^e siècle, et de nos jours, nombreux sont les auteurs qui y rattachent leurs systèmes.

La jurisprudence du Conseil d'Etat elle-même n'évite aucune occasion de contribuer pour sa part à montrer, par le contenu des motifs de ses arrêts, que l'idée de finalité est une notion organisatrice du droit.

IHERING dans son *Zweck im Recht* a été vers 1877 un des plus fermes champions de la finalité.

Pour lui, en effet, le but crée le droit comme il crée la morale, et l'on peut résumer ses conceptions — disons mieux — sa « cosmogonie », en un balancement entre la causalité et la finalité ; la causalité dominerait le monde physique comme la finalité dominerait le monde juridico-moral. Sur le terrain juridique, sa conception est essentiel

(1) BONNECASE, *La notion de droit en France au XIX^e siècle*, p. 48 ; RIPERT, *La règle morale*, p. 14, n. 1.

(2) CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, p. 14.

lement pratique ; il n'est pas pour lui de règle de droit qui ne s'explique par un motif pratique, si bien que M. GÉNY a pu voir dans le *Zweck im Recht* « l'idée même de la technique ». « Toute l'œuvre d'HERING, écrit-il, se ramène à une apologie grandissante de la technique » (1). Pour nous, nous y verrons une affirmation du rôle de la cause juridique : « Un acte de volonté sans cause finale, dit IHERING, est une impossibilité aussi absolue que le mouvement de la pierre sans cause efficiente » (2).

STAHL, en 1878, voit dans le règne de « l'état de droit » un effet logique de l'évolution du droit (3). En 1886, BERNATZIK voit dans le pouvoir administratif un « pouvoir lié par le droit conforme au devoir » (4).

Récemment, le professeur JELLINEK, dans son *Verwaltungsrecht* (5), reprenant l'idée de STAHL, et après avoir montré que l'état constitutionnel (il vise la séparation des pouvoirs) est le préliminaire de l'état de droit, explique que ce régime est caractérisé par la légalité de l'action administrative, c'est à dire par ce fait qu'aucun acte administratif ne peut être accompli « sans base légale » (6). Par là, il s'approche très près de l'idée de cause : qu'est-ce en effet, qu'un acte administratif sans base légale sinon un acte dont la cause ne serait pas l'utilité publique ?

Qu'est-ce encore que cet Ermessensfehler, « ces fautes du pouvoir discrétionnaire », dont il parle et dans lesquelles il englobe les « considérations contraires à la loi qui précèdent une décision dont le résultat ne peut être attaqué (7) » sinon des fautes sur la cause juridique des agissements de l'administration, le fait que l'agent public ne s'est pas déterminé dans un but d'intérêt général ?

(1) *Science et technique en droit privé positif*, 1916, t. 2, p. 42.

(2) IHERING, traduction Meulenaere, sous le titre : *L'évolution du droit*.

(3) *Philosophie des Rechts*, II, 2^e, 1878, p. 137.

(4) *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. Vienne, 1886, p. 37.

(5) 2^e édition 1929. Berlin, p. 83.

(6) P. 83.

(7) P. 35.

M. Paul VAN DER EYCKEN dans sa *Méthode positive de l'interprétation juridique* (1) fait encore du but la source du droit. Il définit le but « le bonheur social », ou encore « l'équilibre social » (2), se rapprochant ainsi de la terminologie de l'époque révolutionnaire. A la différence des auteurs allemands, qui n'indiquent pas les buts capables de déterminer la conduite juridique, cet auteur nous fait connaître un certain nombre de buts sociaux : but de subsistance, de sécurité, d'égalité, par exemple (3).

M. GÉNY, à son tour, désespérant d'atteindre la cause philosophique de l'ordre juridique, se rallie à cette méthode des buts fragmentaires qu'il nomme « fins intermédiaires » (4).

Mais il n'est pas sans exprimer des doutes sur la qualité d'une telle méthode, craignant que ces diverses utilités isolées ne se vident de leur contenu : la finalité (5). Notons en passant que la notion d'utilité publique considérée comme notion de technique juridique ainsi que nous l'avons fait, échappe à cette critique et garde sa puissance de finalité intacte, loin de se diluer dans les éléments qu'elle prétend animer, elle les relie et les maîtrise comme un ciment.

LAFERRIÈRE enfin introduit la finalité dans le contentieux en rattachant le détournement de pouvoir à l'idée de but. « Cette illégalité, écrit-il, résulte de ce que l'administration poursuit un but qu'elle n'a pas le droit de poursuivre par les moyens qu'elle emploie ou même qui lui

(1) Bruxelles-Paris, 1907.

(2) Voir nos 26, 33, 38.

(3) Nos 62-64.

(4) GÉNY, *Science et technique du droit privé positif*, 1915, t. II, p. 50. M. GÉNY se réclame de MONTESQUIEU, rattachant *a posteriori* les lois ou coutumes à leurs principes dont il fait autant de fins intermédiaires inspirant l'organisation du droit ; Voir *Esprit des lois*, livre 2, XIII, XIV, XXVI, et de BENTHAM, qui parle de buts distincts de la loi civile (*Traité de législation civile et pénale*, publié par DUMONT, 2^e édition. Paris, 1920).

(5) GÉNY, *op. cit.*, t. 2, p. 48.

est complètement interdit car étant en dehors de ses attributions » (1).

DUGUIT reconnaît (2) que « le but joue un rôle éminent dans l'appréciation de la valeur sociale et morale d'un acte de volonté quelconque », qu'un acte de volonté ne poursuit un but légitime qu'à la condition d'être déterminé par un but de droit objectif (3) ; d'ailleurs, toutes les règles juridiques sont pour lui des lois de but (4). Il est donc logique qu'il conclue que « le rôle du but dans le droit moderne prend une importance chaque jour plus grande » (5).

Nous pouvons préciser maintenant à l'aide de la notion de cause les limites du principe de la libre appréciation de l'opportunité qui revient à l'administration active en disant : jamais la liberté d'appréciation de l'administration ne peut porter sur le choix du but ; ce choix lui est imposé, elle doit se déterminer dans un but d'utilité publique.

Etudiant le pouvoir discrétionnaire de l'administration, MICHOUX écrit : « En dehors des lois spéciales qui déterminent la compétence, la forme et le contenu légal des actes administratifs, il existe une *loi générale* qui, sans être écrite dans aucun texte, précise le domaine de l'activité administrative, au moins dans les pays arrivés à un certain degré de civilisation. Cette loi, c'est que l'administrateur ne peut agir «... *qu'en vue de certains buts d'intérêt général* » (6), loi qui sera sanctionnée par le détournement de pouvoir. On ne peut indiquer en termes plus heureux que tout acte administratif doit à peine de nullité avoir pour cause l'intérêt public. L'arrêt PAGÈS, on le sait, a reproduit à peu près cette formule.

(1) *Juridiction administrative*, t. 2, p. 549.

(2) *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 1921, p. 284.

(3) *L'Etat*, t. I, p. 645.

(4) *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 8.

(5) *Ibid.*, t. I, p. 249 et suiv.

(6) *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, 1913, p. 84-89.

D'ailleurs le savant professeur se montre implicitement disposé à accueillir la théorie de la cause en droit administratif lorsqu'il écrit : « Les deux notions de motif et de but coïncident pleinement. La véritable cause d'un acte administratif se trouve toujours dans un but à poursuivre » (1).

Le doyen HAURIU, avec son sens du droit, ne manqua pas de s'assimiler la féconde idée de finalité. C'est elle qui va dominer sa conception de la fonction administrative lorsqu'il écrit, dans sa note sous l'arrêt MAUGRAS (2) : « le droit administratif considère le fonctionnement de l'administration comme une fonction administrative à remplir, dont les *buts généraux doivent servir de mesure et de norme au pouvoir des agents* ». « La fonction administrative, dit-il encore, a pour but le maintien de l'ordre public, la bonne gestion des services publics, *l'utilité publique* » (3). C'est la notion de finalité qui donne toute sa richesse au détournement de pouvoir, lequel « marque la subordination du pouvoir administratif au *bien du service* » et va permettre de pénétrer dans le domaine des mobiles, « sans tuer la spontanéité du pouvoir discrétionnaire » (4) ; il relie lui-même la quatrième ouverture du recours pour excès de pouvoir à la théorie des buts posée par IHERING dans le *Zweck im Recht* en ayant soin de noter finement la supériorité de la notion de détournement de pouvoir sur la théorie allemande, celle-ci ne se fondant que sur « le but pratique des droits », ce qui l'entraîne à cette conséquence que la force prime le droit ; alors que notre détournement de pouvoir se fonde sur les « buts pratiques des pouvoirs » ; or, les pouvoirs ne seront jamais des droits (5).

(1) *Ibid.*, p. 86, note 2.

(2) 16 novembre 1900, notes d'arrêts, t. 2, p. 332 ; cet arrêt admet le détournement de pouvoir en matière disciplinaire.

(3) Note sous arrêt MAUGRAS, précité.

(4) HAURIU, *Précis*, 7^e édition, p. 419.

(5) Voir note sous l'arrêt MAUGRAS, précité.

C'est encore l'idée de finalité qui explique, pour HAURIU, la disparition des actes discrétionnaires en même temps qu'elle légitime l'ampleur actuelle du contentieux administratif : « A l'exception des actes de gouvernement, il n'est point d'acte de puissance publique qui ne soit susceptible d'annulation pour détournement de pouvoir, parce qu'on n'en conçoit pas qui puisse être soustrait à l'empire des buts » (1).

M. JÈZE dans sa théorie des motifs déterminants pose cette règle générale que l'action administrative ne peut avoir pour motif que « le bon fonctionnement des services publics » (2).

Pour M. JOSSERAND, « la science juridique est dominée par le concept du but ». C'est vers lui que convergent les autres notions, fondamentales à ses yeux, de volonté et de mobile ; c'est lui qui en droit administratif commande le détournement de pouvoir (3).

Tout récemment enfin, M. MESTRE, exposant la théorie de la propriété, selon DUGUIT, opposait l'activité privée à l'activité administrative, reprenant les idées énoncées par HAURIU dans sa note sous l'arrêt MAUGRAS : « Toute décision administrative doit tendre à l'intérêt public. C'est des autorités publiques qu'il est bien vrai de dire que leur pouvoir est essentiellement une *fonction*, un *devoir*, parce qu'il ne leur est conféré que pour le *bien du service*. C'est une caractéristique du droit public qu'il n'est institué que pour l'avantage de la collectivité et qu'il comporte des pouvoirs qui sont des *devoirs* en ce sens qu'il n'est pas permis aux autorités publiques d'en négliger l'exercice ». Et, partant, il combat l'idée d'une fonction appliquée par DUGUIT au droit de propriété (4).

(1) Note sous l'arrêt MAUGRAS, précité.

(2) *Principes*, t. 3, p. 219.

(3) *De l'esprit des droits et leur relativité*, t. I, p. 241.

(4) *Archives de Philosophie du droit*, 1932, tirage à part, p. 168.

SECTION V

La notion de cause dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

§ 1. — *La notion de cause finale.*

La notion de cause finale en droit administratif correspond au motif ou au but, ainsi que l'indiquait MICHOUD.

Mais, qu'est-ce que le but que poursuit l'agent public ? C'est l'utilité publique, ou, selon l'expression de M. le Commissaire du gouvernement SAINT-PAUL (1) « le motif légitime », c'est-à-dire celui qui est édicté par les exigences de l'intérêt général. *On en vient donc à cette conclusion que la cause finale s'identifie en droit administratif à la notion d'utilité publique* (2).

Que sont ces motifs dont parlent les nombreux arrêts du Conseil d'Etat, décidant par exemple « qu'il n'est pas établi par l'instruction que le maire ait usé de ses pouvoirs *dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés* » (3) ; que « le Président de la République n'a fait qu'user de ses pouvoirs dans un *but d'intérêt général* en vue d'assurer le bon fonctionnement du service » (4) ; que sont les *motifs déterminants* dont parle M. JÈZE, les *buts déterminants* indiqués par DUGUIT (5), de l'examen desquels dépend la légalité des actes administratifs ? Ce sont pour

(1) Conclusions sous l'arrêt MOREL, 5 août 1908.

(2) « Le maire peut déroger aux anciens usages pour des motifs légitimes, c'est-à-dire lorsqu'il estime que certaines restrictions sont nécessaires en vue d'assurer la tranquillité publique et le repos de la généralité des habitants. » On voit par là que les motifs légitimes entendent d'une corrélation étroite entre la décision administrative et l'intérêt général ; c'est ce qui rend si difficile à apprécier pour le juge l'exercice du pouvoir de police.

(3) C. E., 8 janvier 1930, MARIANI, *Rec.*, p. 11.

(4) C. E., 7 mars 1930, CHEVALIER, *Rec.*, p. 269.

(5) V. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1921, t. I, p. 284 et suiv.

nous autant de manifestations de la cause finale incorporée à l'idée d'utilité publique.

A ce stade, la notion d'utilité publique s'élève au rang de directive, puisqu'elle est « destinée à guider le juge en lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire » (1) et s'oppose à la règle de droit qui, visant des cas précis, reste supérieure au juge.

Cette directive ne peut s'exprimer en des termes plus nets que ceux dont s'est servi l'arrêt PAGÈS : « *l'administration ne doit se décider que pour des raisons d'intérêt général* ».

Nous ne reviendrons pas sur les arrêts qui interprètent la même idée ; cette étude a été faite à propos de la critique des motifs. Nous donnerons simplement ici quelques exemples d'une variante de l'idée d'utilité publique que les arrêts appellent « le bien du service ».

Le bien du service, c'est évidemment la notion d'utilité publique envisagée sous l'angle du service public.

La jurisprudence que nous allons rapporter est bien une preuve de la finalité qui anime tout le droit administratif.

Le Conseil d'Etat considère, par exemple, que c'est au ministre d'apprécier si « dans l'intérêt du service de l'enseignement secondaire public » il ne devait pas exclure les ecclésiastiques du concours d'entrée à certaines fonctions publiques (2).

En matière disciplinaire, il est de jurisprudence constante que les sanctions aux manquements à la règle de la fonction sont souverainement appréciées par l'administration mais doivent être prises dans l'intérêt du service. « Il n'appartient pas au Conseil d'Etat, déclare l'arrêt GAZADE d'apprécier l'opportunité des mesures discipli-

(1) V. HAURIOU, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926 ; *Police et fond du droit*, p. 268.

(2) C. E., 10 mai 1912, BOUTEYRE, *Rec.*, p. 553.

naires prises par l'autorité compétente dans l'intérêt du service » (1 et (2).

En ce qui touche le maintien ou le non maintien en activité des officiers placés dans les cadres de réserve, le ministre de la guerre possède une « souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service » (3).

Le Conseil d'Etat recherche si la cessation immédiate des fonctions a été prescrite dans l'intérêt du service, c'est-à-dire si elle a une cause légitime au sens que nous avons donné à cette expression : « Considérant qu'il n'est pas établi que les arrêts du maire de A... et du sous-préfet de V... ont été pris pour des motifs *étrangers à l'intérêt du service* » (4).

Dans tous ces arrêts, la cause finale revêt bien le caractère du standard juridique.

De même, s'appuyant sur l'examen des faits, le juge de l'excès de pouvoir constatera que la dissolution de la commission administrative d'un hôpital-hospice par le ministre du Travail dans les circonstances où elle a été prise « n'a pas eu un autre but que celui de l'*intérêt du service* » (5).

Il décidera qu'en modifiant pour l'avenir par décret la réglementation intérieure sur l'avancement des auditeurs de première classe près la Cour des Comptes, le Président de la République « n'a fait qu'user de ses pouvoirs dans un but d'intérêt général, et *en vue d'assurer le bon fonctionnement du service* ».

(1) C. E., 7 février 1919, p. 135.

(2) Voir dans le même sens : DE CROZALS, 2 juin 1905 ; ROUX, 8 janvier 1909.

(3) Général DE LA NOUE, 5 juillet 1918, p. 660.

(4) C. E., 11 déc. 1930, GONNARD, p. 1053 ; Voir dans le même sens : 3 décembre 1930, sieur GAGNE, 1013 ; sieur MICHEL, 8 janvier 1930, p. 10.

(5) Sieurs PREMIER, ARLAND, BERGER et JOURDAN, 4 janvier 1930, p. 5.

Ainsi, soit que le juge dispose que l'administration ne doit user de ses pouvoirs que dans un but « d'utilité publique » ou dans un but « d'utilité générale », qu'il relève que certaines mesures ne doivent être modifiées que pour « le bien du service », cela revient à proclamer que *l'acte administratif pour être valable doit avoir une cause licite et que cette cause n'est licite que si l'acte est conforme à un but d'utilité publique*.

En droit privé, la cause est une condition essentielle de formation et de validité des contrats (art. 1108).

En droit administratif, *la cause finale est une condition essentielle de validité de l'acte administratif*.

Cette règle en droit public ne repose sur aucun texte, mais pour être une création jurisprudentielle, du droit judge made, elle n'en constitue pas moins une règle générale qui s'impose à l'administrateur sous peine de censure, ainsi que l'a fort bien marqué MICHOUX (1).

Il n'est plus question d'une cause fondée sur des prestations réciproques de particulier à particulier, c'est-à-dire d'ordre économique telle qu'on l'analyse dans les contrats synallagmatiques (2) ; — ni d'une cause qui soit incorporée à un but psychologique, telle qu'elle résulte de la jurisprudence civile sur la cause illicite ou immorale (3). *Il s'agit en droit administratif d'une cause inhérente à l'acte administratif lui-même*, d'un attribut de plus que possède la décision exécutoire, et cela va bien renforcer cette idée d'HAURIOU que le droit administratif est un droit formaliste tout entier bâti sur l'acte.

Mais — et là l'analyse juridique doit se faire serrée — il ne faut pas conclure de cet archaïsme technique du droit administratif, dû à sa jeunesse, que les actes administratifs sont des actes abstraits comme l'étaient les actes for-

(1) *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*, p. 84.

(2) CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e édit., t. II, p. 299.

(3) CAPITANT, *ibid.*, p. 302.

malistes romains tels que la *stipulatio*, la *mancipatio*, le *nexum* et l'*expensilatio*, qui étaient valables indépendamment de leur cause (1). Notons d'ailleurs que même à Rome la séparation de l'obligation et de la cause, dans ces cas, n'était pas permanente. On permettait, en effet, au débiteur engagé par *stipulatio* d'opposer au créancier l'exception de dol et d'intenter la *condictio indebiti* (2).

Le droit administratif moderne, au contraire, en raison de l'importance de l'idée de finalité, nous place à l'opposé de cette conception des actes abstraits : pour lui, *tous les actes sont essentiellement « causés »* puisque les décisions administratives ne sont valables que si elles ont pour motif l'intérêt général ; c'est précisément sur ce caractère que se greffe tout notre système de critique contentieuse, le détournement de pouvoir, la violation de la loi, s'ordonnent sous la notion de cause finale.

§ 2. — La notion de cause efficiente.

Il est des cas d'excès de pouvoir où le motif doit être envisagé avant l'acte et n'est plus projeté dans l'avenir. Ces cas s'ordonnent sous le deuxième aspect de la cause : l'idée de cause efficiente.

En droit privé, la jurisprudence a usé de la notion de cause efficiente pour annuler, pour absence de cause, le contrat dans lequel la prestation de l'une des parties n'est qu'apparente ; par exemple, vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure au revenu de l'immeuble (3).

(1) Notons que la notion de la cause ne s'est infiltrée que peu à peu en droit romain grâce à la *condictio sine causa* ; encore dans les contrats innommés l'expression *causa* désignait-elle, non le but des parties, mais la remise de la chose, le fait générateur de l'obligation.

(2) *Précis COLLINET-GIFFARD*, n^{os} 35, 218.

(3) Paris, 21 décembre 1922, *Gazette du Palais*, 10 janvier 1923 ; Voir DEMOGUE, *Obligations*, t. I, 413.

En droit administratif, il en est de même, selon nous, des cas de violation de la loi au sens de violation de la règle de droit que les auteurs rangent dans l'erreur de droit et dans l'erreur de fait.

1. *L'erreur de droit.* — L'erreur de droit est constituée, par la fausse application ou la fausse interprétation de la loi ou des règlements. Déceler l'erreur de droit, ce sera pour le juge rechercher si les motifs placés par l'agent public comme support de son acte, sont conformes à une saine interprétation de la loi. Il s'agira, par exemple, de la dissolution d'un conseil municipal fondé sur ce motif qu'il n'a pas l'autorité nécessaire pour assurer l'ordre public. Or, il n'appartient pas au conseil municipal d'assurer l'ordre public. Le grief est donc entaché d'une erreur de droit manifeste. Le Conseil d'Etat en conséquence annulera l'arrêté de dissolution : « S'il appartenait au gouverneur de la Réunion de prononcer la dissolution pour des motifs d'opportunité qui n'auraient pu être discutés par la voie contentieuse, il ne pouvait user des pouvoirs qui lui ont été conférés que dans le seul intérêt du bon fonctionnement du conseil municipal. Le maintien de l'ordre public, qui incombe au maire, ne rentre pas dans les attributions du conseil municipal. Il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à soutenir que l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir » (1).

Tel est aussi le cas de la célèbre affaire GRAZIETTI (2). Un conseil municipal a été élu irrégulièrement, le Président de la République, sans attendre que le juge de l'élection l'annule, prononce la dissolution du conseil municipal en motivant par le manque d'autorité d'une assemblée élue dans de telles conditions.

Ou bien encore, une délégation est nommée par le Président de la République, non pas à la suite d'une dissolu-

(1) 27 mars 1914, HUGOT, *Rec.*, p. 399.

(2) 31 janvier 1902, S. 1903.3.113 et la note d'HAURIOU.

tion de conseil municipal comme la loi l'exige, mais après l'annulation de l'élection de la majorité des conseillers municipaux (1) ; et ces affaires nous intéressent particulièrement car le Conseil d'Etat se réfère, en propres termes, à la notion de cause : « Ce décret a été pris en vue de remplacer par une délégation spéciale le conseil municipal... à la suite de l'annulation de l'élection de la presque totalité de ses membres. D'une part, si d'après l'article 44 de la loi du 5 avril 1884, la nomination d'une délégation doit, comme conséquence nécessaire, suivre la dissolution du conseil municipal, elle ne saurait en être la *cause déterminante*... »

Cette « cause déterminante », c'est de toute évidence la *cause efficiente*.

De même, en matière d'expropriation, l'erreur de droit qui consiste à déclarer d'utilité publique des travaux pour des fins que n'a pas voulu la loi, constitue la cause efficiente des décrets déclaratifs d'utilité publique que va annuler le Conseil d'Etat.

Nous avons vu que l'arrêt Commune de Venoix (2) décide que « la création d'une décharge publique destinée à permettre aux entrepreneurs de travaux et autres particuliers de se débarrasser de vieux matériaux et de décombrés n'est pas un travail qui par sa nature puisse faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique » et légitimer l'emploi de la procédure d'expropriation.

On voit par ces exemples qu'une parenté étroite rapproche la théorie de l'erreur de droit du détournement de pouvoir : « l'arrêté et le décret doivent être motivés au sens de la loi », écrit le commissaire du gouvernement M. CORNEILLE dans ses conclusions sous l'arrêt CAMINO (3) c'est-à-dire qu'ils « doivent exprimer un motif qui après examen ne manque pas en droit, autrement la mesure est

(1) 18 janvier 1907, VERDALLE, p. 44.

(2) 27 avril 1917, p. 335.

(3) 14 janvier 1916, R. D. P., 1917, p. 449.

prise pour des motifs étrangers aux règles administratives et c'est le détournement de pouvoir caractérisé ».

Mais alors, on retombe dans le premier aspect de la notion de cause : la notion de cause finale.

La notion de cause a donc l'avantage de permettre de réaliser l'unité du système « détournement de pouvoir-violation de la loi » que les espèces de jurisprudence nous présentent.

Indiquons que c'est encore la notion de cause efficiente qui permet d'annuler les exclusions de soumissionnaires par les commissions d'adjudications, lorsque l'erreur de droit est manifeste (1) et d'apprécier si un fonctionnaire a pu être valablement révoqué pour raison de moralité. L'arrêt SARRAIL (2) se réfère, comme l'arrêt VERDALLE, à la notion de cause : « Considérant qu'il n'est pas contesté que la condamnation s'est trouvée amnistiée par la loi du 29 avril 1921 ; qu'ainsi le sous-préfet ne pouvait fonder *exclusivement* la révocation comme il a été dit ci-dessus sur la dite condamnation, c'est-à-dire *sur une cause juridique* qui devait être regardée comme inexistante ; que par ce motif il y a lieu de prononcer l'annulation de l'arrêté... ».

On multiplierait les exemples sans acquérir d'éléments nouveaux.

2. *L'erreur de fait.* — En cas d'erreur de fait, l'agent public appuie sa décision sur des faits inexacts ou qu'il interprète inexactement. Ces faits erronés ou les apparences auxquelles il s'est fié pour décider de la mesure, sont autant de fausses causes. La *cause efficiente* manquant aux actes administratifs considérés, cela suffit pour que le Conseil d'Etat annule sans qu'il soit besoin de rechercher si la cause finale est illicite.

(1) 15 mai 1914, DUCRET, p. 606.

(2) 5 décembre 1930. D. P. 1931.3.58.

Le célèbre arrêt TRÉPONT, suivi des arrêts BLANCHARD (1) et LEFRANC (2) illustre à merveille cette manière de voir. On sait qu'il s'agissait d'un préfet mis en congé par un décret où il était dit que la mesure intervenait sur sa demande, alors qu'en fait tout autres étaient les intentions de ce fonctionnaire. Le Conseil d'Etat annule le décret en se fondant sur la notion de cause (cause efficiente) : « En présentant la décision de mise en congé comme prise sur la demande de l'intéressé, le ministre de l'Intérieur la fonde sur un fait matériellement inexact et lui a donné ainsi une *cause juridique inexistante* » ; il y a lieu dès lors de prononcer son annulation.

Un arrêt récent fait application du même principe sans employer le mot *cause* à propos d'une mise à la retraite (sieur RAYMOND, 12 décembre 1930, p. 1065) (3), et pour une prétendue démission d'un secrétaire de mairie (4).

Il est intéressant de noter que d'anciens auteurs ont senti la nécessité de faire appel à la notion de cause en cette matière. CHAUVÉAU Adolphe cite un arrêt du Conseil d'Etat du 9 janvier 1868 qui annule la délimitation de la Loire faite par un préfet sur le motif que « cette délimitation ferait rentrer dans le lit du fleuve une partie des îles qui sont la propriété des riverains, ainsi que des atterrissements vendus quelques années avant, alors que depuis cette délimitation le cours d'eau n'avait subi aucun changement » (5). CHAUVÉAU Adolphe note que le Conseil d'Etat qualifie à tort la décision attaquée de « décision entachée d'excès de pouvoir ». Ce langage, dit CHAUVÉAU, « *nuit à*

(1) L'arrêt BLANCHARD, on le sait, analogue à l'arrêt TRÉPONT, vise une soi-disant demande d'un fonctionnaire d'être appelé à d'autres fonctions.

(2) L'arrêt LEFRANC a été rendu à propos d'un licenciement par suppression d'emploi, celui-ci n'ayant pas eu lieu.

(3) Voir aussi pour une mise à la retraite faussement qualifiée de mise à la retraite sur demande, 29 octobre 1920, GRÉGOIRE, p. 882.

(4) 21 janvier 1921, JOSEPH SEI, p. 75.

(5) 9 janvier 1868, ARCHAMBAULT, p. 18 ; CHAUVÉAU Adolphe, t. VI, p. 484.

l'établissement des principes ». C'est là reconnaître implicitement, croyons-nous, l'utilité d'une notion comme celle de la cause.

M. JÈZE, commentant l'arrêt TRÉPONT, qualifie de « bien malencontreuse » cette initiative du Conseil d'Etat (1) de faire intervenir la notion de cause ; M. HAURIOU approuve cette jurisprudence en voyant dans la cause le moyen d'expliquer la « transformation de l'erreur de fait en erreur de droit » (2). Toutefois, il ne faut pas interpréter cette approbation comme une adhésion à la notion de cause envisagée dans sa plénitude, car il raisonne uniquement sur l'aspect de cause efficiente qui, il est vrai, s'offrait à son examen dans les arrêts TRÉPONT, BLANCHARD et LEFRANC, et néglige l'aspect cause finale. Il écrit à propos de ces arrêts : « La cause juridique d'un acte, c'est l'élément de fait qui détermine la catégorie de la situation qui appelle l'accomplissement de l'acte » (3). Il s'éloigne encore beaucoup plus, selon nous, de la notion de cause finale, lorsqu'il écrit : « Il est impossible de confondre cette théorie de la cause juridique objective avec celle du motif déterminant des actes qui sont à la base du détournement de pouvoir » (4). Pour lui, la cause se limite bien en droit public à la notion de cause efficiente ; elle y joue un rôle de « déterminateur des catégories juridiques » ; et c'est là, certes, un rôle des plus utiles. Mais nous ne saurions, malgré tous nos efforts, nous résigner à ne voir que cet aspect de l'idée de cause. La notion de cause finale, à contenu d'utilité publique dont nous avons vu le juge de l'excès de pouvoir faire un si grand usage dans la critique des motifs des actes administratifs, nous semble mériter une place beaucoup plus importante.

Les arrêts sur les perspectives monumentales, caracté-

(1) *Principes*, t. 3, p. 225.

(2) *Précis*, 11^e édition, p. 430.

(3) P. 430, n. 1.

(4) *Précis*, 11^e édit., p. 431, note 1.

ristiques de l'erreur de fait, s'expliquent également par l'idée de cause efficiente.

L'arrêt GOMEL décide, nous le savons, que la place Beauvau ne saurait être regardée comme formant une perspective monumentale ; « qu'ainsi en refusant par la décision attaquée au requérant l'autorisation de construire, le préfet de la Seine a fait une fausse application de la loi du 13 juillet 1911 » (1), partant sa décision repose sur une fausse cause. Il en serait de même des arrêts que nous avons étudiés à propos de l'erreur de fait (2) et de tous les arrêts annulant une révocation sur des faits dont le plaignant n'établit pas l'existence (3) ou dont il ne conteste pas l'inexactitude matérielle (4).

Certains arrêts disent que les décisions fondées sur des faits matériellement inexacts « manquent de base légale » (5), mais cette expression recouvre l'idée de cause efficiente, de fausse cause : « L'écart entre les deux notions, dit HAURIU, n'est pas grand..., c'est la même idée plus poussée, parce qu'en effet c'est la cause juridique qui est la base de l'acte » (6). La filière qui conduit le juge de la violation de la loi à la fausse application des faits, est présentée ainsi par HAURIU : faussement des faits déterminants, faussement de la base légale de l'acte, cause juridique inexistante, violation de la loi..., puis la formule se

(1) Voir dans le même sens : les arrêts WIRIOT, 1^{er} août 1914 et PILLOT, p. 1011 et 1012, qui décident que l'Etoile et la Madeleine constituent des perspectives monumentales ; Voir LÉVY et MICHEL, 24 mars 1922, concernant le Ranelagh ; 24 mars 1922, SALIN concernant le parc de La Muette.

(2) 22 février 1918, Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon, p. 187 ; 5 juillet 1918, Général DE NOUE, p. 660.

(3) 18 juin 1915, PONSONNAILLE, p. 206.

(4) 3 février 1920, CAZADE, p. 882.

(5) Voir par exemple sieur Joseph SEÏ, 21 janvier 1921, p. 75 : « considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'arrêté du maire de Lucciana faisant état de la prétendue démission du sieur SEÏ pour le remplacer dans ses fonctions de secrétaire de mairie, repose sur un fait matériellement inexact, qu'il manque par suite de toute base légale ».

(6) Note sous l'arrêt LEFRANC.

contracte en : « faits matériellement inexacts, cause juridique inexistante, violation de la loi ».

CONCLUSION

Critique de l'opinion de M. Hauriou sur la cause en droit public.

Raisonnant sur la notion de cause en général, le doyen HAURIUO voit dans celle-ci le fait déterminant qui classe cet acte dans une catégorie légale : « par exemple, dit-il, le licenciement de fonctionnaires par suppression d'emplois constitue une catégorie légale qu'il ne faut pas confondre avec la révocation ». « La fausse allégation du fait équivaut à une fausse allégation de la catégorie et celle-ci équivaut à l'absence de cause juridique ». Or, pour lui, tous les actes administratifs sont répartis dans des catégories légales différentes, et un acte administratif n'est valable que s'il appartient réellement à la catégorie alléguée. Il propose donc de nommer cette cause juridique « cause catégorique » ou encore « mesure d'ordre ».

Mais le savant professeur méconnaît dans la suite de sa note l'existence de la cause finale. C'est pour cette raison qu'il écrit dans sa note et dans son *Précis* qu'il est impossible de confondre la théorie de la cause juridique ou du fait déterminant, qui est objective, avec celle du motif déterminant, qui est subjective. Et encore cela ne peut pas être puisque la cause, ainsi qu'il l'entend, se restreint à la cause efficiente et que la théorie de M. JÈZE s'applique plutôt à la cause finale et conduit, ainsi qu'il le note, à la théorie du détournement de pouvoir alors que pour lui la théorie du fait déterminant conduit à la violation de la loi. Mais nous savons que ces distinctions ne sont qu'approximativement exactes, car en fait la transition de la

violation de la loi au détournement de pouvoir est presque insensible.

D'ailleurs, plus loin, sentant peut-être ce qu'a de trop rigide sa distinction, le doyen HAURIU laisse entendre que de nombreux cas de détournement de pouvoir ne sont que des causes juridiques inexistantes. La cause existerait, dit-il, mais viciée, et le détournement de pouvoir apparaîtrait comme une variété de la cause illicite. Il fait même l'application de cette idée à un arrêt CARVILLE à propos d'un détournement de pouvoir en matière de police municipale (1).

Nous expliquons, au contraire, le détournement de pouvoir par idée de cause finale, et cela nous paraît rendre compte beaucoup plus fidèlement de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

En conclusion, M. HAURIU esquisse un aperçu des répercussions possibles, sur le droit privé, de l'idée objective de cause telle qu'il la découvre dans le droit administratif. Il estime qu'en droit privé le principe de l'autonomie de la volonté a « submergé » les catégories juridiques et que la notion de cause est devenue subjective. Il est temps, selon lui, qu'un principe objectif vienne arrêter cette extrême fluidité du droit. C'est ce rôle que jouerait l'idée de « cause catégorique » appliquée au droit civil, donnant ainsi un exemple du profit que peut tirer le droit privé de l'utilisation de certaines techniques de droit public.

Il sortirait du cadre de cette étude d'examiner le grand problème qu'agitent et le principe de l'autonomie et la question des réactions possibles du droit administratif sur le droit civil. Bornons-nous à noter qu'une telle conception conduirait à bouleverser la théorie traditionnelle de la cause telle qu'elle résulte du Code civil, en retrans-

(1) 22 mai 1896, S. 1897.3.121, CARVILLE. Interdiction par arrêté municipal d'introduire des viandes provenant d'animaux abattus ailleurs qu'à l'abattoir municipal, détournement de pouvoir dans un but financier.

chant de celle-ci la notion de cause illicite, qui, elle, ne peut s'expliquer que par l'idée de finalité. La cause finale en droit privé comme en droit public joue un rôle capital ; dans les deux droits, cause efficiente et cause finale ont chacune leur utilité et la théorie générale de la cause exige l'accouplement de ces deux aspects.

En résumé, c'est l'idée de catégorie juridique liée chez HAURIU à sa conception de l'acte administratif, — sorte d'acte formaliste de l'époque moderne, — qui domine toute sa conception de la cause en droit public. Si HAURIU déforme ainsi la théorie habituelle de la cause pour ne considérer que la « cause catégorique » et la cause efficiente, c'est en définitive pour une raison de logique, afin de trouver un pendant à sa théorie de l'acte administratif. Acte administratif - acte abstrait ; cause objective - cause abstraite, commanderaient de la sorte tout le droit administratif.

Loin de nous la pensée de méconnaître la force de la théorie de l'acte administratif et la valeur de l'explication qu'elle offre du contentieux.

L'importance de l'idée de catégorie juridique est également hors de doute ; on ne saurait trop reconnaître son rôle d'affinement dans un droit non codifié, comme le droit public administratif ; mais nous avouons ne pas pouvoir concevoir une théorie de la cause en droit public sans considérer à côté de la cause efficiente la notion si importante de cause finale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les progrès de synthèse dans un domaine déterminé du droit administratif nous apparaissent maintenant comme étant pour la plus grande part l'œuvre du temps.

Ils ne sont possibles, en effet, que si les différentes branches du droit sont parvenues à un stade de développement suffisant pour qu'apparaisse l'impossibilité des tentatives de rattachement de telle théorie à telle autre. Nous avons rencontré un exemple typique de ce phénomène lorsque nous observions comment la jurisprudence s'était efforcée, avant de recourir à l'idée d'affectation, d'édifier la théorie du travail public sur celle de la domanialité ou sur celle du service public. Pour des raisons techniques, il s'est donc nécessairement formé des synthèses que nous pouvons maintenant qualifier de partielles et de provisoires.

Aussi, si l'on considère que le droit administratif moderne est parvenu, dans certains de ses chapitres tout au moins, à des positions suffisamment stables, un problème de systématisation en droit public actuel ne peut s'entendre que d'une *reconstruction*, à l'aide de notions plus larges que celles dont il avait été fait usage pour élaborer les constructions antérieures, lesquelles apparaissent désormais comme intermédiaires.

C'est à cette tâche nouvelle que se montre particulièrement apte, — nous souhaiterions avoir réussi à le montrer, — la notion d'utilité publique.

Politique, constitutionnelle, économique, administrative,

celle-ci semblait devoir se prêter uniquement à une œuvre descriptive du droit, et c'est bien sous ce jour qu'elle nous apparaît lorsque nous lisons chez les auteurs anciens ou modernes qu'administrer c'est pourvoir aux intérêts généraux de la collectivité. Mais voici que sous des vocables divers, elle fournit un critérium à de grandes théories du droit public et qu'en même temps elle devient aux mains du juge de l'excès de pouvoir un instrument de mesure de la légalité. Un passage s'est donc opéré de l'idée inorganique au concept juridique, qui va permettre à la notion d'utilité publique de devenir un principe organisateur du droit.

Le droit administratif a pour mission de satisfaire les besoins d'intérêt général ; c'est, dit-on aussi, le droit des services publics. Or, l'intérêt général, essentiellement mouvant, est lié aux influences les plus variées du monde ambiant. Le service public est pour cette même raison perpétuellement modifiable. Il faudra donc, pour opérer des synthèses dans un droit naturellement si contingent, *un concept qui participe des caractères mêmes de la matière qu'il veut dominer.*

La notion d'utilité publique, précisément, possède, nous l'avons montré en esquisant ses caractères généraux, un contenu d'une richesse remarquable ; elle touche, peut-on dire, à l'ensemble des sciences politiques ; elle est bien l'antithèse de ces concepts abstraits, sans contact avec la réalité de la vie, dont on a pu déplorer l'influence sur l'interprétation juridique (1).

Aussi paraît-elle habile à éclairer certains aspects de la personnalité morale comme à permettre l'analyse de ces contrats que l'administration conclut à la frontière du droit privé et du droit public et d'expliquer, transposée dans l'affectation, la domanialité et le travail public.

(1) Voir GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, t. I, 1932, p. 124.

Voilà bien, dans la juxtaposition de ces exemples que nous avons choisis entre d'autres pour notre étude, la preuve de la convergence de ses aptitudes : dans le premier cas, problème de création de personnes juridiques, c'est-à-dire problème de dynamique ; dans les seconds, problèmes de classification, c'est-à-dire problèmes de statique.

Excellentes sont en soi, les tentatives de synthèse par l'emploi des concepts, parce qu'elles tendent à discipliner les matériaux souvent incohérents de la législation ou de la jurisprudence, à l'aide de principes d'ordre. Mais leur vice est souvent de n'éclairer qu'une partie du droit qu'elles prétendent organiser, ou de s'égarer dans des élaborations « idéales » qui ne peuvent s'adapter aux réalités juridiques (1).

Ces critiques ne portent — ceux qui les formulent en conviennent d'ailleurs — que sur l'emploi de notions impropres par nature à embrasser tous les éléments soumis à leur synthèse en se moulant sur les faits.

La notion d'utilité publique n'est ni une notion à contours fermés, comme les concepts trop strictement logiques, ni une notion purement abstraite. Elle joint à la possibilité d'extension que lui vaut sa substance historique et sociale, l'avantage de trouver dans l'élément de finalité qui l'anime le principe dominateur nécessaire aux synthèses.

Une finalité suffisamment étendue manquait aux tentatives d'organisation du droit administratif à l'aide de la notion de service public ; aussi elles ont, pour une part, pensons-nous, échoué.

Au-dessus de ces conclusions propres aux divers chapitres de cet ouvrage et dont l'ensemble nous a semblé donner au concept d'utilité publique l'aspect qui vient d'être

(1) Voir GÉNY, t. I, p. 129. Noter que les constructions abstraites ont joué un rôle beaucoup plus grand en droit allemand qu'en droit français, car chez nous leur influence a été combattue par celle de la toute puissance de la loi héritée de la Révolution.

résumé, une observation capitale ressort, pensons-nous, de cette étude : c'est l'importance toute spéciale de l'idée de *but* en droit public.

L'idée de but est une notion permanente du droit, mais le droit administratif est le plus *causé* des droits, puisqu'il embrasse l'ensemble des actes conclus dans l'intérêt de la collectivité et puisqu'il faut défendre à l'aide d'un principe de droit, l'intérêt des particuliers contre la « prérogative » de l'administration. Aussi assistons-nous, au cours de cette étude, à une progression de la notion organisatrice d'utilité publique, dont le point le plus élevé est marqué par la critique des motifs des actes administratifs. Le but d'utilité publique constitue la mesure de la légalité de l'action administrative.

La notion d'utilité publique s'absorbe dans l'idée de cause finale.

Vu : le Président de la thèse,
A. MESTRE.

Vu : le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer:
le Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Recteur,
l'Inspecteur de l'Académie,

J. PERRON.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux

- ALIBERT (R.). — Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, 1 vol.
- Archives parlementaires*. — Publiées par Mavidal, Laurent et Clavel. 1^{re} série (1789-1799), t. XXV, p. 315 : Rapport d'Arnoult au nom des Comités féodal, des domaines, de l'agriculture et du commerce sur les fleuves et rivières, les îles et alluvions et la pêche, du 23 avril 1791.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édit., 1897-1922, 12 vol., t. IV.
- AUCOC. — Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3^e édit., 1886, 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3^e édit. Des obligations, 1907-1908, 3 vol.
- BERTHÉLEMY (H.). — Traité élémentaire de droit administratif, 11^e édit. 1926, 12^e édit., 1930.
- BLANCHE et MOUY (DE). — Dictionnaire général d'administration, 1881, 2 vol.
- BONNIN. — Principes d'administration publique, 3^e édit. 1812, 3 vol.
- BOUCHENÉ-LEFER. — Droit public et administratif français ou Analyse et résultats des dispositions législatives et réglementaires sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration, 1831, 4 vol.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 1904, 2^e édit., 1 vol.
- CHAUVEAU (Adolphe). — Principes de compétence et de juridiction administrative, 1844, 3 vol.
- COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de droit civil français, 5^e édit., 3 vol.
- COLLINET et GIFFARD. — Précis de droit romain, 2 vol., 1926-1927.

- CORMENIN. — Droit administratif, 1840, 2 vol. ; Questions de droit administratif, 4^e édit., 1837, 3 vol. et 5^e édit., 1840, 3 vol.
- DALLOZ. — Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 1845-1864, 44 vol.
- Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 1910-1926, 12 vol., t. V.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code civil, 1845-1882, 31 vol., t. XXIV.
- DESCHAMPS. — Histoire des Doctrines économiques, Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris, 1930-1931.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif. 7^e édit., 1897-1905, 7 vol.
- DUFOUR. — Traité général de droit administratif appliqué, 2^e édit., 1854-1857, 7 vol., t. VII et t. VIII, 3^e édit., 1868.
- DUGUIT (L.). — Traité de droit constitutionnel. 2^e édit., 1921-1925, 5 vol. ; Les transformations du droit public, 1913 et 1925 ; L'état, le droit objectif et la loi positive ; Etudes de droit public, t. I, 1901.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil, 2^e éd. 1825-1842, 22 vol., t. IV.
- FLEINER. — Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen, 1928, 1 vol.
- FOUCART. — Eléments de droit public et de droit administratif, 1^{re} édit. 1834-1835, 2 vol. ; 2^e édit. 1839, 3 vol.
- GÉRANDO (de). — Institutes du droit administratif français, 1829-1830, 4 vol.
- GIRON. — Dictionnaire de droit administratif et de droit public, 1895-1896, 3 vol.
- HAURIU (M.). — Précis de droit administratif, 11^e édit. 1927 ; 12^e édit. par André Hauriou, 1933.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 1892-1903. 15 vol., t. VI.
- JÈZE (G.). — Les principes généraux du droit administratif, 3^e édit. 1925-1930, 3 vol.
- LAFERRIÈRE (F.). — Cours théorique et pratique de droit public et administratif, 4^e édit. 1854, 2 vol.
- Traité de la juridiction administrative, 2^e édit. 1896, 2 vol.
- MACAREL. — Cours d'administration et de droit administratif, 1852, 2^e édit., 4 vol.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence ; 5^e édit., 1825-1828, 36 vol.

- MOREAU. — Manuel de droit public français, t. II ; Droit administratif, 1909.
- MORGAND. — La loi municipale, 2^e édit. 1884, 2 vol. ; 10^e édit. 1923. 2 vol.
- NÉZARD. — Eléments de droit public. 1931, 1 vol.
- NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 2^e édit. 1928, 1 vol.
- PERROT. — Précis élémentaire de droit romain, 1927, t. I.
- PLANIOL. — Traité de droit civil, 11^e édit. 1925-1927 par M. Ripert, 3 vol.
- PILLET. — Traité pratique de droit international privé, 1923-1924, 2 vol., t. I.
- ROCHE et LEBON. — Recueil général des arrêts du Conseil d'Etat, comprenant les arrêtés décrets, arrêts et ordonnances rendus en matière contentieuse depuis l'an VIII jusqu'en 1839 ; 1839, 2 vol.
- ROLLAND. — Précis de droit administratif, 2^e édit. 1928, 1 vol.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain. Trad. Guenoux, 1840-1851, 8 vol.
- SERRIGNY. — Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil ; 2^e édit. 1865, 3 vol. ; Traité de droit public des Français, 1846, 2 vol.
- TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code, 5^e édit. 1830-1843, 21 vol.
- VIVIEN. — Etudes administratives, 1852, 2 vol.

II. — Ouvrages spéciaux.

- ANDRÉ. — Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles. Thèse Paris, 1910.
- AVRIL. — Les origines de la distinction des établissements d'utilité publique. Thèse Grenoble, 1900.
- BARTIN. — Théorie des conditions impossibles ou contraire aux mœurs. Paris, 1887, 1 vol.
- BERNATZIK. — Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Vienne, 1886.
- BLONDEAU. — La concession de service public. Thèse Grenoble, 1929, 2^e édit. 1933.
- BONNECASE. — La notion du droit en France au xix^e siècle, 1919, 1 vol.
- BOYENS. — Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage in der Rechtspre-

chung der Zivilsenate Reichsgerichts (Sonderheft des sachsischen Archivs für deutsches burgerlisches Recht ; 1904, p. 153.

BUFNOIR. — Propriété et contrat, 1900, 1 vol.

CAPITANT. — De la cause des obligations, 1923, 1 vol.

— Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans.
Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée,
1922, t. 1.

CHARMONT. — La renaissance du droit naturel, 1910, 1 vol.

CHALVON-DEMERSAY. — De l'examen du fait par le Conseil d'Etat. Thèse de Paris, 1922.

CHARDON. — Les travaux publics, 1904, 1 vol.

CHRISTOPHE. — Traité théorique et pratique des travaux publics, 2^e édit.
1889-1890, 2 vol.

COTELLE. — Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics,
3^e édit. 1859-1862, 4 vol.

DEMOGUE. — Traité des obligations en général, 1923, t. 1.

ENOÜ. — Traité théorique et pratique de droit administratif, t. 1. Travaux
publics, 1903.

FIELD. — A selection of cases and authorities on constitutional law. Chi-
cago, 1930.

GALLAND. — La méthode américaine de protection des libertés indivi-
duelles. Thèse Lyon, 1932, ouvrage paru en librairie sous le
titre : Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

GARNIER. — Régime des eaux, 2^e édit. 1839-1851, 5 vol.

GAUDRY. — Traité du domaine, édit. 1862, 3 vol., t. 1.

GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1932,
2 vol., t. II. Science et technique en droit positif, 1914-1924,
4 vol.

— Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés
avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels.
Thèse Nancy, 1930

GIERKE. — Deutsches privat Recht, t. I.

GOLDENBERG. — Le Conseil d'Etat juge du fait. Thèse Paris, 1932.

HAMEL. — La notion de cause dans les libéralités. Thèse Paris, 1920.

IHÉRING. — Zweck im Recht. Trad. Meulenaere, sous le titre : L'évolu-
tion du droit, 1877-1878.

JACQUELIN. — Les principes dominants du Contentieux administratif 1899,
1 vol.

- Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris, 1930-1931.
- JELLINEK. — Verwaltungsrecht, 2^e édit. 1929, Berlin.
- JOSSERAND. — De l'esprit des droits et de leur relativité, 1 vol., 1927 ;
Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, 1928, 1 vol.
- LAUN (von). — Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig, Vienne, 1910.
- LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. VIII.
- MARIZIS et COT. — Manuel juridique des travaux publics, 1925.
- MARQUÈS (di Bragua et Lyon). — Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics, t. II. De la comptabilité de fait, 1890-1892, 6 vol.
- MARTY. — De la distinction du fait et du droit. Thèse Toulouse, 1929.
- MAURY. — Essai sur la notion d'équivalence en droit français. Thèse Toulouse, 1920, 2 vol.
- MESTRE. — Le contentieux des contrats administratifs (Cours de doctorat, professé à la faculté de droit de Paris, 1930-1931).
- MICHOUD. — Théorie de la personnalité morale, 3^e édit., par L. Trotabas, 1932.
- Etude sur le pouvoir discrétionnaire (Annales de l'Université de Grenoble, 1913-1914).
- NOEL. — La notion de travail public. Thèse Paris, 1924.
- PARDESSUS. — Traité des servitudes ou services fonciers, 1817, 1 vol.
- PELLOUX. — La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit. Thèse Grenoble, 1932 (ouvrage paru en librairie sous le titre : Le problème du domaine public).
- PERÈS-GARCIA (P.). — Des principes de la fonction sociale dans la propriété d'après saint Thomas d'Aquin. Thèse Fribourg, 1924.
- PERREAU (H.). — Technique de la jurisprudence, 1923, 2 vol.
- PERRIQUET. — Traité théorique et pratique des travaux publics, 1883, 2 vol.
- PICARD. — De la preuve par commune renommée. Thèse Paris, 1911.
- Traité des eaux, 2^e éd., 1896, 2 vol.
- PORÉE et CUNÉOT. — Des entreprises de travaux publics, 1901, 1 vol.
- POSADA. — Les fonctions sociales de l'Etat, 1929, 1 vol.
- PROUDHON. — Traité du domaine public, 2^e édit., 1843-1845, 4 vol.
- REGRAY. — Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible. Thèse Paris, 1900.

- RENAULT. — Des actes discrétionnaires. Thèse Paris, 1899.
- RENARD. — La théorie de l'institution, 1930, t. I ; Le droit, l'ordre et la raison, 3^e série, 1 vol., 1927.
- RIGAUD. — Les droits réels administratifs. Thèse Toulouse, 1914.
- RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 1925, 1 vol.
- SENN. — De la justice et du droit, 1927, 1 vol.
- SIEYÈS. — Qu'est-ce que le Tiers-Etat ? 1789, 1 vol.
- STAHL. — Die Philosophie des Rechts, Tübingen, 1878, 3 vol.
- STIER-SOMLO. — Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festgabe für Laband), 1908, t. 2.
- SUDRE. — La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats. Thèse Paris, 1928.
- TASSOT. — Le rachat du canal du Midi. Thèse Toulouse, 1912.
- TEZNER. — Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde. Vienne, 1924.
- TISSIER. — Traité théorique et pratique des dons et legs, 1896, 2 vol., t. 1.
- TROTABAS. — De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Thèse Paris, 1924.
- VAN DER EYCKEN. — Méthode positive de l'interprétation juridique. Bruxelles. Paris, 1907.
- WALINE. — Les mutations domaniales. Thèse Paris, 1925.
- WORMS. — Organisme et société, 1896, 1 vol.
- ZITELMANN. — Begriff und wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873. Leipzig.

III. — Articles.

- BARTHELEMY (Joseph). — L'obligation de faire en droit public (Revue du droit public, 1912, p. 509).
- BONNARD. — Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et recours pour excès de pouvoir. Revue du droit public, 1923, p. 363.
- CASSIN. — La cause des obligations d'après le livre de M. Capitant (Annales de droit commercial, 1923, p. 233).
- GILLEULS (A. des). — Du régime des établissements d'utilité publique (Revue générale d'administration, 1890, t. II, p. 174).
- FELS (de). — Un engrais étatiste (Revue de Paris, 1^{er} oct. 1928).

- FUR (LE). — La protection juridique des franchises locales (Revue générale d'administration, 1911, t. I, p. 385).
- GERMAIN-MARTIN. — Le développement de la notion d'intérêt public et la crise (Le Capital, supplément, 5 janvier 1932).
- GIRAUD. — Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire (Revue générale d'administration, 1924, p. 193-298).
- HAURIOU (A.). — Police juridique et fond du droit (Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 268).
- JÈZE. — Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants dans la validité des actes juridiques en droit public français (Revue du droit public, 1922).
- Le service public (Revista de drept public, 1926, p. 161).
- De la vérification des motifs des actes administratifs (Revue du droit public, 1917, p. 459).
- MESTRE. — Les refus de permissions de voirie (Revue des concessions, 1923-1924).
- Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit. (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, tirage à part).
- NOËL. — Les motifs dans les décisions des juridictions administratives ; (Revue du droit public, 1924, p. 351).
- PLYTAS. — Nature juridique des monts de piété. (Revue générale d'administration, 1902, II^e partie, p. 505).
- RÉGLADE. — Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. (Revue de droit public, 1925, p. 413).
- ROMIEU. — Note sur la compétence en matière de marchés communaux. (Revue générale d'administration, 1888, t. II, p. 191).
- WALINE. — Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. (Revue du droit public, 1930, p. 218).
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Caractères généraux de la notion d'utilité publique</i>	3
<i>Section I.</i> — Les aspects divers de la notion.....	4
<i>Section II.</i> — Caractère évolutif et transitoire	9
<i>Section III.</i> — Caractère politique et administratif	11
<i>Section IV.</i> — Rôle de principe juridique	13

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE TECHNIQUE RÉCENTE DU DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'utilité publique condition d'octroi de la personnalité morale</i>	19
<i>Section I.</i> — Relation entre l'utilité publique et l'apparition de la personnalité morale	19
§ 1. Dans la personnalité morale de droit public	20
§ 2. Dans la personnalité morale de droit privé	22
<i>Section II.</i> — Le rôle de la notion d'utilité publique dans le fondement de la personnalité morale	23
§ 1. Théories de la fiction, de la réalité, des patrimoines collectifs et de l'intérêt	23
§ 2. Le problème de la personnalité morale n'est pas uniquement un problème de droit privé	27
<i>Section III.</i> — Le rôle de la notion d'utilité publique dans la classification des établissements d'intérêt général. Les établissements publics et d'utilité publique	32
§ 1. Le rôle de l'Etat dans l'apparition de la personnalité morale de droit public	32
§ 2. L'établissement public	34
§ 3. L'établissement d'utilité publique	44
§ 4. Les établissements de caractère mixte	47
<i>Section IV.</i> — La notion d'utilité publique critérium jurisprudentiel de la distinction des établissements publics et des	

établissements d'utilité publique	49
§ 1. Méthode à appliquer	49
§ 2. Affaire de la Caisse des écoles du VI ^e arrondissement.	51
§ 3. Affaire D ^{lle} Pichot	57
<i>Conclusion</i>	61
CHAPITRE II. — <i>La notion d'affectation à l'utilité publique et la domanialité publique</i>	62
<i>Section I.</i> — Le travail de la doctrine sur la notion d'affectation. .	63
<i>Section II.</i> — L'affectation et la jurisprudence	71
§ 1. Les concessions de canaux à perpétuité	71
§ 2. Le problème des mutations domaniales	76
<i>Conclusion</i>	82
CHAPITRE III. — <i>La notion d'affectation à l'utilité publique, critère du travail public</i>	83
<i>Section I.</i> — La conception du travail public chez les auteurs. .	84
<i>Section II.</i> — Recherche d'un critérium par la jurisprudence	92
§ 1. Les baux de sources minérales	92
§ 2. Les concessions de créments futurs	94
§ 3. Espèces diverses (de 1882 à 1916)	95
§ 4. L'arrêt Astruc (1916) et l'arrêt Commune de Monséгур (1921)	96
§ 5. La jurisprudence postérieure à l'arrêt Commune de Monséгур	101
<i>Section III.</i> — La notion d'affectation coordonnant les décisions de la jurisprudence	103
§ 1. Insuffisance du rattachement du travail public à la théorie du domaine public.....	103
§ 2. Insuffisance du rattachement du travail public à la théorie du service public	106
§ 3. Insuffisance du rattachement du travail public à une procédure ou à des conditions de formes	108
<i>Conclusion</i>	110
CHAPITRE IV. — <i>La notion d'utilité publique et les contrats administratifs</i>	113
<i>Section I.</i> — L'opposition entre le but et la nature du contrat ..	114
<i>Section II.</i> — Le contrat administratif « par sa nature »	120
<i>Section III.</i> — Service public et utilité publique	124
<i>Conclusion</i>	129

DEUXIÈME PARTIE

LA NOTION D'UTILITÉ PUBLIQUE CRITÈRE DE LA LÉGALITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS

INTRODUCTION. — <i>Critique du motif d'utilité publique et recherche du fait sous le Premier Empire. Influence du droit intermédiaire</i>	133
--	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>De la disparition des actes discrétionnaires à la réserve de l'opportunité</i>	145
Section I. — <i>La disparition des actes discrétionnaires</i>	145
Section II. — <i>La réserve de l'opportunité</i>	151
CHAPITRE II. — <i>L'appréciation contentieuse de l'utilité publique au moyen de la critique des motifs par le juge de l'excès de pouvoir</i> ..	166
Section I. — <i>Le principe de la motivation</i>	167
Section II. — <i>La recherche du motif d'utilité publique</i>	172
§ 1. <i>En matière de déclaration d'utilité publique</i>	173
§ 2. <i>Refus et retraits de permissions de voirie</i>	178
§ 3. <i>Police des eaux et autorisations en rivière</i>	186
§ 4. <i>Délimitation des voies publiques</i>	199
Conclusion	201
CHAPITRE III. — <i>L'appréciation contentieuse de l'utilité publique au moyen de la recherche du fait par le juge de l'excès de pouvoir</i>	203
Introduction. <i>Position du problème</i>	204
Section I. — <i>L'examen du fait à l'occasion de la recherche du détournement de pouvoir</i>	207
§ 1. <i>En matière d'expropriation</i>	208
§ 2. <i>En matière de permission de voirie</i>	208
§ 3. <i>En matière de délimitation des cours d'eau et d'autorisations en rivière</i>	209
§ 4. <i>En matière d'exploitation de sources minérales</i>	211
§ 5. <i>En matière de police municipale</i>	212
Section II. — <i>L'examen du fait dans la violation de la loi</i>	220
§ 1. <i>La recherche du fait dans la violation de la loi proprement dite et dans l'erreur de droit</i>	221
§ 2. <i>La recherche du fait dans la violation de la loi par erreur de fait</i>	228
Section III. — <i>La recherche du fait par le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir et le rôle du juge de cassation en général</i> ..	236
§ 1. <i>Rappel de la distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation</i>	237
§ 2. <i>La distinction du droit et du fait par le Conseil d'Etat en matière de pensions (Lois du 31 mars 1919 et du 24 juin 1919)</i>	239
Section IV. — <i>La recherche du fait, le pouvoir discrétionnaire du juge et l'idée de légalité</i>	243
Conclusion	246
CHAPITRE IV. — <i>La notion d'utilité publique cause juridique de l'acte administratif</i>	249
Section I. — <i>Position du problème. Théorie des motifs déterminants de M. Jèze</i>	249
Section II. — <i>La cause en droit privé</i>	253

<i>Section III.</i> — La notion de cause est-elle applicable au droit public ?	256
<i>Section IV.</i> — La finalité, notion permanente du droit.....	261
<i>Section V.</i> — La notion de cause dans la jurisprudence du Conseil d'Etat	268
§ 1. La notion de cause finale	268
§ 2. La notion de cause efficiente	272
<i>Conclusion.</i> — Critique de l'opinion de M. Hauriou sur la cause en droit public.....	279
CONCLUSION GÉNÉRALE	283
BIBLIOGRAPHIE	287
